

LA FONDATION

SON ROLE SOCIAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après
sera soutenu le mercredi 6 novembre 1907, à 1 h. 1/2*

PAR

R. CHEVALLIER

Président : M. AMBROISE COLIN, *professeur*
Suffragants : { MM. LARNAUDE, } *professeurs*
 WEISS.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA FONDATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

R. CHEVALLIER

Suffragants : { MM. LARNAUDE, } professeurs
 WEISS. }

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1907



LA FONDATION

Son Rôle Social

INTRODUCTION

La fondation est une affectation perpétuelle de biens à un but déterminé, Elle est la création d'une œuvre « durable aux solides assises, qui défie le temps et prétend se poursuivre intacte à travers les âges » (1).

En raison du but qu'elle poursuit et se propose d'atteindre, la fondation a subi de nombreuses attaques. Spécialement en France depuis un siècle et demi les esprits lui furent hostiles. On releva contre elle tous les abus auxquels elle avait donné naissance avant la Révolution. Le Code civil l'oublia volontairement ou non : impossible à réaliser on négligea de l'étudier, de l'analyser, de mettre en valeur ses avantages, de faire ressortir le rôle qu'elle pouvait remplir dans la société.

D'autres pays cependant ne l'avaient pas abandonnée. Elle vivait toujours en Angleterre. En Allemagne elle était l'objet d'une étude approfondie et le nouveau Code civil

(1) Geouffre de Lapradelle : *Fondations perpétuelles*, Paris, 1895.

consacrait les théories nouvelles. A notre époque de communications actives, et de littérature intense, les idées émises par nos voisins devaient rapidement être connues de nous.

La jurisprudence française avait classé la fondation dans le domaine des libéralités avec charges, l'État n'autorisait l'existence que des œuvres reconnues d'utilité publique. En présence des efforts tentés par les fondateurs pour réaliser des œuvres privées, la jurisprudence civile s'efforça d'assouplir les principes rigides du Code et de suivre l'évolution qui se faisait dans les esprits.

Depuis vingt ans la fondation a été l'objet de remarquables études. MM. Truchy (1), Tissier (2), Geouffre de Lapradelle (3), exposèrent le système français. M. Geouffre de Lapradelle fit un historique très complet de l'institution, exposa les théories allemandes. MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin (4) dans un article de la *Revue trimestrielle de Droit civil* étudièrent et critiquèrent les évolutions de la jurisprudence. Enfin M. Saleilles (5) dans une série d'articles et d'ouvrages ayant pour objet l'étude du droit comparé exposa dans son ensemble la théorie alle-

(1) H. Truchy. *Des fondations*, Paris, 1888.

(2) Th. Tissier. *Dons et legs aux établissements publics*, Paris, 1896.

(3) Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*

(4) *Revue trimestrielle de droit civil*, 1904, n° 2 : Essai sur les fondations par testament.

(5) *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris, 1902. — *Introduction à l'étude du droit civil allemand*. — *Traduction du Code civil allemand*, t. 1. — Note sous Dijon, 30 juin 1893. — S. 94. 2.185.

mande. En 1903 il consacrait une partie de son enseignement à l'étude des fondations par voie de dispositions à cause de mort en droit comparé. En 1906 la Commission nommée par la Société d'études législatives pour l'étude de la matière des fondations lui demandait de présenter le rapport préliminaire (1).

Il est juste ici de dire que l'idée même de ce modeste travail nous a été suggérée par l'enseignement de M. Sa-
leilles à l'école de droit en 1903. Nous avons voulu nous proposer d'exposer en un tableau le résultat des travaux les plus récents.

Dans un premier chapitre nous essaierons une construction théorique de la fondation spécialement de droit privé.

Dans un second chapitre nous étudierons rapidement le système français.

Dans un troisième chapitre nous exposerons les réformes qu'il nous semble nécessaire d'apporter à notre droit.

Enfin dans un quatrième et dernier chapitre nous essaierons de montrer l'utilité et le rôle social de la fondation privée.

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, n° 6.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

Essai théorique

Il importe avant tout de préciser au début de cette étude ce qu'est une fondation, son but et sa nature. Dans ce premier chapitre nous étudierons donc au point de vue théorique le but poursuivi par les fondateurs et les différentes espèces de fondations ; nous rechercherons leur consistance légale et quel rôle l'État doit remplir auprès d'elles.

SECTION I

But de la fondation

Faisant usage du droit de propriété qu'il a sur ses biens et « qui lui permet, suivant M. le Procureur général Baudoin (1), d'en disposer à son gré pendant sa vie et même après sa mort », le fondateur affecte à un emploi déterminé tout ou partie de sa fortune. Il poursuit la réalisation d'un but idéal philosophique, religieux, philanthropique ou scientifique. Le fondateur obéit à une loi de justice et de charité. Il veut collaborer au progrès et au mieux être

(1) Conclusions de M. le Procureur général Baudoin, Cass. Civ., 12 mai 1902, Dalloz, 1902. 1. 425.

économique et social, et s'acquitter de la dette qu'il a contractée envers la société dans laquelle il a dépensé son activité, il s'est développé et enrichi. Les moyens de réaliser son idéal s'offrent nombreux à lui : il peut vouloir développer l'instruction et l'enseignement, ce sera la fondation d'écoles, de bourses scolaires, de prix ; il peut vouloir favoriser les progrès scientifiques, ce sera la fondation de récompenses destinées aux savants et à leurs découvertes ; il peut vouloir collaborer à l'enseignement et à la permanence d'une doctrine religieuse à laquelle il a cru, ou poursuivant un intérêt plus personnel s'assurer de la célébration de messes pour le repos de son âme, ce seront les fondations religieuses ; il peut vouloir assurer des ressources aux pauvres d'une commune, d'un canton, des soins médicaux aux indigents, aux ouvriers, créer des refuges pour les vieillards, les orphelins, assurer la protection de l'enfance, ce seront les fondations charitables ; il peut encore vouloir développer une branche de commerce ou d'industrie, créer et faciliter des associations de toutes sortes. Cette énumération déjà longue n'est pas limitative, l'esprit humain est toujours fécond en industries nouvelles lorsqu'il veut collaborer au bonheur social.

Le but poursuivi par le fondateur n'est pas obligatoirement un but d'intérêt général et d'utilité publique : le plus souvent c'est un but d'intérêt collectif particulier. Pour que l'œuvre soit bonne et profitable il n'est pas nécessaire qu'elle soit d'une importance considérable. Seuls les fondateurs disposant de grandes richesses peuvent se permettre la poursuite d'un intérêt d'utilité publique et gé-

nérale, en faire la condition de toute fondation serait décourager bien des initiatives généreuses.

Deux qualités seulement semblent nécessaires au but choisi : il doit être permanent et ne pas troubler l'ordre public. Il doit être permanent puisque le fondateur entend créer une œuvre de longue durée et même perpétuelle, l'objet doit en être réalisable dans tous les temps et répondre à une utilité de tous les âges. Soucieux de la perpétuité de son œuvre l'auteur de la fondation fera choix d'un but fixe, mais variable cependant, suivant certains principes qu'il posera dans le statut de la fondation. Il agira en homme prévoyant et averti des évolutions de la civilisation en indiquant les principes qui l'ont fait agir, les personnes qu'il a entendu faire bénéficier et les limites dans lesquelles il entend les variations de son but.

Enfin le but de la fondation ne doit pas être contraire à l'ordre public, sans quoi il tomberait sous l'application des lois de police de l'État et la fondation ne pourrait exister.

SECTION II

Modes de fonder

La fondation peut avoir deux formes : la forme directe et la forme indirecte.

La fondation est directe lorsque « par le seul fait de la volonté du fondateur la propriété peut prendre le caractère d'un patrimoine indépendant doué de la personnalité civile avec affectation spéciale ». Elle est indirecte lors-

qu'elle est réalisée par le procédé de la donation ou du legs avec charge au profit d'un établissement préexistant.

La fondation directe seule est une fondation au sens juridique du mot, tandis que la fondation indirecte n'est une fondation au sens de la langue commune qu'à raison du caractère perpétuel de son affectation.

La fondation peut encore être publique ou privée. Elle est publique lorsque son droit à la propriété, lorsque sa capacité juridique lui viennent d'une concession de l'État. Elle est privée lorsqu'elle les tient d'un acte de volonté du fondateur.

La fondation directe de droit privé n'existe pas en droit français, elle existe au contraire en droit allemand, en droit anglais et dans l'avant-projet du Code suisse. Nous examinerons ces différents systèmes au cours de cette étude. Il nous suffit maintenant de savoir quelles formes peut affecter la fondation, et répondent le mieux au but poursuivi par le fondateur. Sans qu'il soit besoin de le prouver longuement la véritable forme de fondation est la forme directe privée, c'est en effet le seul procédé pour constituer un patrimoine autonome et indépendant. Ainsi le fondateur n'est pas obligé d'avoir recours à un État dont il peut, souvent à juste titre, suspecter les intentions politiques ; il n'est pas arrêté dans son œuvre par les formalités compliquées d'une reconnaissance d'utilité publique. « C'est la volonté pure et simple du fondateur, qu'elle se manifeste par acte entre vifs ou par acte de dernière volonté, qui crée la personnalité civile et fait de la fondation un être idéal capable d'avoir un patrimoine indé-

pendant et de l'administrer par les gérants qui lui sont institués (1) ».

Dans la fondation de droit public la capacité juridique et la personnalité n'ont plus leur origine dans un acte de volonté du fondateur, mais dans une concession de l'État.

M. Saleilles dans un rapport (2) présenté à la Commission nommée par la Société d'Études législatives pour l'étude de la question des fondations, a étudié l'intérêt considérable qu'il y avait à distinguer la fondation directe privée, approuvée et surveillée par l'État, de la fondation publique tenant sa capacité d'une concession de l'État. Nous suivrons sa démonstration.

« Et d'abord, dit M. Saleilles, sous le rapport purement juridique on peut admettre qu'après l'autorisation, la personnalité par suite la capacité de la fondation remontent à l'acte émanant du fondateur. — « Bien que cette conséquence ne soit pas forcée, elle solutionne beaucoup de difficultés soulevées en droit français par les articles 906 et 911 et que nous verrons plus tard.

« Au point de vue des conditions de fait, continue M. Saleilles, l'autorisation peut intervenir sur le vu seulement de l'acte de fondation et dès qu'il y a certitude que l'œuvre est bonne sans qu'il soit besoin d'attendre comme

(1) Cf. *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, n° 6, p. 478. Rapport présenté par M. Saleilles.

(2) Cf. *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, n° 6, p. 482-483.

il est nécessaire en France actuellement qu'un établissement matériel soit fondé, qu'il fonctionne, qu'il ait fait ses preuves pour être jugé digne de la reconnaissance d'utilité publique ». Ainsi sont évitées certaines formalités administratives ; l'organisation matérielle n'étant plus nécessaire avant l'autorisation, certaines fondations jusque là impossibles deviennent réalisables, ce sont celles qui n'ont aucune organisation matérielle et extérieure. Et M. Saleilles cite l'exemple « d'un capital dont les revenus devaient être affectés à la distribution de bourses de voyage d'un caractère scientifique. Si la fondation était faite par testament, il faudrait en attendant la reconnaissance d'utilité publique, que le légataire prit sur sa fortune pour constituer pendant un certain nombre d'années nécessaires, les bourses instituées par le testateur et sous les conditions fixées par lui ; car tant que l'œuvre ne s'est pas organisée sous une forme extérieure, avec concession de la personnalité, le capital étant devenu la propriété du légataire, c'est lui qui en distribuant les bourses est censé faire emploi de ses revenus. Et par suite on ne voit pas bien en fait comment on pourrait attribuer la reconnaissance d'utilité publique à un simple patrimoine, déjà juridiquement confondu avec les biens du légataire et sans organisation apparente et extérieure qui pût constituer un établissement proprement dit susceptible de devenir établissement d'utilité publique. » Ces difficultés ne se trouvent pas dans le système de la fondation directe privée puisque le fondateur après avoir affecté un bien à l'œuvre qu'il crée, n'a qu'à en opérer la séparation d'avec le surplus de sa fortune

pour constituer un patrimoine indépendant, capable après autorisation de vie propre et autonome.

En dernier lieu M. Saleilles établit la différence qu'il y a entre la reconnaissance d'utilité publique et l'autorisation pure et simple d'un acte de fondation. « La reconnaissance d'utilité publique suppose que l'État prenne l'œuvre sous son patronage, et la rattache aux services d'intérêt général. » Il ne peut en être ainsi que pour les œuvres de grande importance et dont l'utilité peut rivaliser avec celle des services publics. Les petites œuvres qui sont beaucoup plus nombreuses, et souvent plus utiles, parce qu'ayant un but plus restreint, ne peuvent prétendre à la reconnaissance publique. « De minimis non curat Prætor ». — L'autorisation administrative est au contraire un simple moyen de contrôle sur les œuvres privées ne leur enlevant pas leur caractère. Elle est un moyen aux mains de l'État de surveiller l'excellence de but des fondations, l'exécution de la volonté du testateur. « Il ne s'agit pas de substituer l'État à l'individu, mais d'approuver une initiative individuelle en déclarant qu'elle n'a rien de suspect et qu'elle est bonne à encourager » « Ce n'est plus l'État qui entre en scène ; les moindres initiatives si elles sont bonnes et généreuses recevront l'appui de l'administration laquelle en intervenant n'aura plus à craindre d'engager l'État et de le compromettre ». Beaucoup d'initiatives généreuses peuvent être ainsi encouragées alors que la reconnaissance d'utilité publique les écarte.

La fondation directe privée après cette analyse se montre à nous comme le véritable procédé de fonder, le seul qui

réponde aux vœux du fondateur. Nous verrons plus loin comment on peut le concilier avec l'intérêt de l'État.

SECTION III

La fondation est-elle douée de Personnalité ou de Capacité?

Connaissant le but poursuivi par le fondateur, le mode de fonder le mieux adapté à ses vues, il nous devient possible de définir la fondation et de dire avec M. Saleilles qu'elle est « la constitution d'un patrimoine indépendant affecté à la réalisation d'un but permanent. » (1) « Mais si le mécanisme pratique à réaliser est facile à concevoir, il n'en est pas de même de la notion théorique ». La fondation est une des parties les plus obscures de la philosophie du droit et une des institutions juridiques les moins étudiées. La doctrine allemande a eu l'honneur de travailler la première ce problème subtil et à sa suite la science italienne. En France la pratique avait bien essayé au Moyen Age d'organiser la fondation comme un acte à part et de lui donner une tournure originale, elle avait même exagéré les conséquences de principes non encore posés. Bientôt elle se heurta à une doctrine fortement nourrie de droit romain, où elle ne trouvait aucun précédent à cet acte original distinct de la donation ou du legs. Le droit canon lui aussi refusa à l'homme le droit de créer, réservant ce

(1) Saleilles : *Les personnes juridiques dans le Code Civil allemand*. Article paru dans la *Revue du Droit public*, année 1901, t. XVI, p. 212.

droit à Dieu seul. Tout ce qui n'est pas créature de Dieu ne saurait être une personne. Chez les glossateurs et chez les canonistes du Moyen Age, c'est la même doctrine : la fondation n'est pas un être juridique mais la propriété d'une corporation, d'une association. L'œuvre emprunte sa personnalité aux personnes humaines qui l'administrent ou qui profitent d'elle (1). L'édit de 1749 appliqua aux fondations, une mesure prise déjà contre les associations, et imposa à toute œuvre nouvelle dotée ou non de la personnalité civile d'obtenir pour exister le consentement du prince. Les rédacteurs du Code civil volontairement ou non oublièrent la fondation et n'en parlèrent pas. Pendant tout le XIX^e siècle la pratique s'ingénia à ressusciter à cette institution, elle ne put y parvenir. Elle se heurtait aux principes révolutionnaires d'une conception individualiste de la société. Le seul nom de main-morte suffisait à éveiller dans les esprits le souvenir de l'ancien régime et de ses abus, et les mettre en défiance contre la fondation. Depuis une dizaine d'années cependant une évolution s'est faite dans la jurisprudence qui tend à favoriser la création d'œuvres indépendantes. Au point de vue doctrinal la théorie de la fondation a été surtout étudiée ces années dernières sous l'influence des doctrines allemandes et à l'occasion du Code Civil allemand. M. Saleilles tout particulièrement a fait connaître ces doc-

(1) Sur tous ces points et pour tout ce qui va suivre, voir la thèse remarquable de M. Geouffre de Lapradelle, *Théorie et Pratique des fondations perpétuelles*, 1^{re} partie historique, 3^e partie problème de la personnalité.

trines dans une série d'ouvrages ou d'articles qui ont attiré l'attention des juristes sur les fondations et l'année dernière la Société d'études législatives nommait une Commission chargée d'étudier cette question.

La notion théorique de la fondation dit M. Saleilles (1) « converge autour de l'idée de propriété. Et la difficulté vient de ce que, pendant longtemps il a été presque impossible de concevoir qu'il put y avoir des biens ayant une destination juridique et qui n'appartiendraient pas à un propriétaire. L'idée de propriété était inhérente à l'idée de biens. On voulait qu'il y eut une propriété et un propriétaire, alors même que ce propriétaire aurait eu les mains liées et qu'il ne serait pas le destinataire direct de la jouissance des biens qui lui fussent attribués et encore qu'il se présentât à l'extérieur uniquement comme un administrateur dans l'intérêt d'affectataires plus ou moins anonymes dont il fut le représentant. » On ne pouvait comprendre un patrimoine que s'il était la propriété d'un individu ou d'une collectivité. La fondation n'existait que soutenue par les personnes humaines, l'association, la corporation. C'est la grande difficulté que nous rencontrons dans l'élaboration d'une théorie des fondations. Elle est la conséquence d'une analyse insuffisante de l'institution juridique. On a négligé d'étudier les différentes espèces de fondations, on n'en a vu qu'une la fondation en général. On n'a pas recherché quel pouvait être en dehors des personnes

(1) *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, n° 6, p. 469. Rapport présenté par M. Saleilles à la commission pour l'étude de la question des fondations.

humaines le soutien de la personnalité morale. On n'a pas essayé d'établir comme une comparaison et une gradation entre les différentes personnes juridiques.

Parmi les doctrines allemandes, la première qui s'offre à nous est celle que Brinz a exposée dans ses *Pandekten* (1) et dans ses *Zweckvermögen*. Il prétend qu'« un patrimoine peut exister comme personne en vertu de son objet » (2). Il n'a pas besoin de maître, de propriétaire, il lui suffit d'avoir un but, une destination, il appartient à son but. Bekker, Windscheid ont adhéré à ce système. Brinz lui a cherché un fondement dans le droit romain, il a trouvé quelques textes où le sujet du droit est un patrimoine, ce sont des textes où il est question de servitudes. *Fundo servitus acquiritur. Num imus fundus ius aquae amisisset. Sententia praedio datur. In vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri. Hanc servitutem non hominem debere, sed rem*. Brinz retrouve dans ces textes tous les éléments constitutifs de la personnalité : droit de propriété, droit d'obtenir un jugement, droit de contracter, droit de créance. M. Geouffre de Lapradelle rapportant cette théorie de Brinz (3) dénie aux textes rapportés le sens qui leur est attribué. « Quand je dis de ce jardin qu'il appartient à cette maison, de cet arbre qu'il appartient à cette forêt, de cette clé qu'elle est à cette serrure, faut-il croire que j'entends reconnaître un droit à la maison sur le jardin, à la forêt sur l'arbre, à la serrure sur la clé ? Assu-

(1) 2^e édit., 1873, I., p. 213.

(2) Cf. Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*

(3) Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*

rément non... la servitude est une qualité du fonds qui s'attache à la personne, non pas en tant que personne, mais en tant que propriétaire du fonds ». La comparaison proposée par M. Geouffre de Lapradelle semble assez inexacte. La maison n'est pas titulaire d'un droit de propriété sur le jardin, ni la forêt sur l'arbre, ni la serrure sur la clé, mais elles bénéficient de l'usage de la chose ; et il est possible de séparer le jardin de la maison, l'arbre de la forêt, la clé de la serrure ; et la séparation accomplie, le jardin, l'arbre, la clé auront encore leur existence propre, pourront continuer de servir au même usage ou changer de destination en même temps que de bénéficiaire. La servitude, au contraire, n'a pas d'existence propre. Son existence est intimement liée à celle du fonds, l'en séparer c'est la détruire, elle ne peut plus être reconstituée ni en faveur du même titulaire, ni en faveur d'un autre. C'est bien en effet le propriétaire personne humaine qui représente le fonds dans l'exercice de son droit, c'est lui qui par sa volonté empêche ou acquiert la prescription ; mais la servitude est indépendante de sa personne, sa disparition, son changement ne l'affecteront en quoi que ce soit. En sorte qu'on pourrait peut-être dire que déjà en droit romain on entrevoit l'institution d'un patrimoine titulaire de droits ; mais que c'est le résultat de la pratique inconsciente et qu'aucune théorie n'est encore venue étudier ce phénomène d'un fonds titulaire d'un droit indépendamment de la personne de son propriétaire. Bekker s'est emparé du système que Brinz avait étayé sur le droit romain et essaya de lui trouver un fondement en raison

pure. Il a exposé ses idées dans la *Zeitschrift* de Goldschmit (1) et dans les *Jahrbücher* de Ihering (2). Bekker constate d'abord que des personnes humaines incapables de vouloir et de comprendre comme le sont les enfants et les fous sont cependant sujets de droit. Il en conclut que la volonté et l'intelligence ne sont pas des « éléments essentiels de la subjectivité juridique » et que l'animal ou la chose peuvent être sujets de droits. Le sujet d'un droit étant celui qui en a la disposition et la jouissance, l'être non humain s'il ne peut disposer du droit peut en jouir au même titre que l'enfant ou le fou. Dès lors puisque la chose peut être sujet de droit, il devient possible de faire un legs à son profit. Le raisonnement de Bekker, comme le fait remarquer M. Geouffre de Lapradelle, est inexact. Il prend comme point de départ, l'égalité absolue entre l'enfant et le fou d'un côté, et l'animal et la chose inerte de l'autre au point de vue de l'intelligence et de la volonté. Cette égalité n'existe pas de façon absolue. L'enfant a déjà en germe l'intelligence et la volonté qu'il montrera plus tard, ses facultés ne sont pas encore éveillées mais elles existent réellement. Le fou a ses facultés d'intelligence et de volonté développées, mais l'exercice en est suspendu par une affection quelconque, la science moderne affirme qu'elle peut le guérir ou du moins améliorer son état. Chez l'animal et la chose inerte l'intelligence et la volonté coordonnée n'existent pas même en germe. Seul

(1) *Zeitschrift des gesammten Handelsrechts*, IV, 499, sq.

(2) *Jahrbücher für Dogmatik*, XII, p. 1, Zur Lehre von Rechtssubject.

peut-être l'idiot né pourrait être assimilé à l'animal. au point de vue de la subjectivité juridique, il est incapable de raison, de volonté coordonnée et l'a toujours été. Son incapacité est la conséquence d'une dégénérescence héréditaire. Mais alors même que nous pourrions démontrer de façon absolue l'égalité entre l'idiot et l'animal, nous n'aurions pas pour cela légitimé l'idée d'affectation à un but, l'idée d'un patrimoine sans propriétaire autre que sa destination. Nous aurions tout au plus trouvé une similitude intéressante à étudier et à signaler, mais insuffisante à fonder une théorie juridique.

Considérant le système de Brinz et de Bekker dans son ensemble, plusieurs juriconsultes allemands dont Meurer et Eisele ont observé que « les Zweckvermögen étaient en contradiction avec l'idée même du droit ». En effet ils constituent un droit sans sujet. Or « le droit est la faculté d'agir, ce qui exige nécessairement un sujet qui ait cette faculté ». A ceux qui seraient tentés de dire que le patrimoine est à la fois le sujet et l'objet du droit, un auteur italien Giorgi répondrait « que le droit consiste dans la relation du sujet à l'objet », s'il n'y a plus de rapport, il n'y a plus de droit. Sans dire avec Bonelli que le patrimoine se divise en deux parties, dont l'une est le sujet et l'autre l'objet, ne pourrait-on pas répondre que le but de la fondation est le sujet du droit et le patrimoine son objet. Ainsi il y aurait relation entre sujet et objet et l'objection de Giorgi resterait sans valeur contre l'ensemble du système de Brinz.

Ce sont les conséquences de la conception des Zweck-

vermøegen surtout qui effraient M. Geouffre de Lapradelle. « S'il n'y a dans le droit que des buts, que des destinations comme sujets des rapports juridiques, c'est la destruction même du droit de propriété. L'homme disparaît du droit. La propriété individuelle s'efface. Elle s'écroule comme une construction surannée. *Le jus utendi et abutendi* s'évanouit. Ce n'est plus l'homme qui limite les choses, c'est le but des choses qui limite l'homme. » C'est nous faire un tableau bien sombre des conséquences d'une idée qui peut être féconde en excellents résultats. Une étude plus approfondie de cette idée d'affectation des choses à un but, montre que loin de combattre le droit de propriété, d'anéantir l'action de l'homme, elle leur apporte un précieux concours, et sera peut-être un jour le meilleur soutien de la propriété individuelle, affectation de biens au développement de l'individu en vue du progrès social. L'homme limite toujours les choses, mais le but des choses limite les droits de l'homme et n'est-ce pas justice? Détourner une chose de l'usage pour lequel elle existe n'est-ce pas annihiler une partie des forces en puissance dans cette chose, n'est-ce pas détruire une partie du fonds social? Et n'est-il pas équitable d'empêcher l'homme de détruire la richesse sociale? Quant au *jus utendi* les conséquences du système le laissent intact en même temps que la propriété individuelle. Seule l'existence du *jus abutendi* traduit en mauvaise part dans le sens d'abuser est compromise, et nous ne pouvons que nous en réjouir. Cet acte de l'homme détruisant sa propriété, mû par un sentiment de malice ou par la folie ne peut

être approuvé, et combien la définition des moralistes chrétiens est plus belle, plus sociale, plus utile, qui en face du *jus abutendi* du droit romain pose le *jus dispensandi*, c'est-à-dire le droit pour l'homme de remplir son rôle et son devoir dans la société, d'accomplir avec sa fortune les services sociaux dont elle est capable. Nous développerons ces quelques idées dans la suite de cette étude.

En face de la théorie de Brinz et de Bekker, la doctrine allemande a élevé une nouvelle construction : la Willens-théorie, ou théorie de la volonté. Zitelmann en jeta les premiers fondements. Meurer, Gierke la développèrent et lui prêtèrent l'appui de leur autorité, quelques auteurs italiens y ont adhéré. Puisque, disent-ils, l'être matériel ne peut être sujet du droit, c'est donc la volonté qui est titulaire de ce droit. « En fait, dit Chimirri, pour être sujet d'un droit il est requis d'avoir la capacité de vouloir en puissance ou en acte. Les fondations reçoivent cet élément substantiel de la volonté du fondateur qui, transitoire, prend en elle la perpétuité et devient comme la justice, *constans et perpetua voluntas* » (1). Ainsi la volonté de l'homme se cristallise et perpétue dans son œuvre. Zitelmann et Meurer ont été amenés à cette conception de la volonté du fondateur se perpétuant comme sujet des droits de son œuvre, par une étude approfondie de la volonté sociale dans les associations. Dans une association le représentant du sujet juridique titulaire des droits est

(1) *Atti parlamentari, Sessione 1889-1890. Tornata dell' 11 décembre 1889, p. 323.*

la volonté exprimée par les membres de l'association suivant les règles statutaires et constitutives. Cette volonté unique, résultat de la combinaison des volontés des membres de l'association, est indépendante de ces volontés nombreuses et disparates. Par elle-même et à elle seule elle est un sujet des droits de l'association. Zitelmann et Meurer essaient de donner de cette conception une démonstration philosophique et mathématique. $7 + 5 = 12$ et $7 + 5 = (7 + 5)$. Voyez, disent-ils, que 12 synthétique bien qu'étant égal à $(7 + 5)$ analytique, constitue une quantité nouvelle. Ainsi un ensemble de volontés additionnées peut donner une volonté distincte. Après cette démonstration, ils conçoivent que la volonté peut se détacher de l'individu son auteur et devenir sujet de droits. Appliquant ce principe aux fondations, ils imaginent que le fondateur en créant son œuvre, détache une parcelle de sa volonté, la fixe dans une forme en rapport avec son but, qu'il en fait un être doué de vie propre et le sujet juridique de son œuvre. Ainsi le fondateur se choisirait un représentant perpétuel et fixe qui serait le soutien de la fondation. Meurer ne reconnaît pas l'homme comme étant sujet de droit mais la volonté humaine. Il dit des personnes physiques « qu'elles sont pour le droit des personnes juridiques avec quelque chose de physique qui y est superflu ».

Comme le fait remarquer M. Geouffre de Lapradelle, le point de départ de cette théorie est exact. Ce n'est pas le corps humain qui est sujet de droit c'est l'âme humaine. C'est seulement plus loin que Meurer commet une erreur

lorsqu'il dit que la volonté peut se détacher de l'homme et devenir sujet de droit, qu'elle se cristallise dans la forme voulue par le fondateur et se perpétue comme soutien de la fondation. La volonté est bien sujet de droit, mais on ne peut admettre « que chaque volition spéciale et distincte échappée de la faculté de vouloir se cristallise et devient un sujet de droit ». Détachée de l'homme et de sa faculté volonté qui l'a produite, chaque volition ne peut évidemment pas prendre corps, se fixer et devenir un sujet juridique, puisqu'elle est incapable d'engendrer elle-même de nouvelles volitions.

Et cependant en réunissant les deux systèmes, celui de Brinz et celui de Meurer, il serait possible d'élaborer une troisième conception qui échapperait aux reproches qu'on leur fait. Au système de Brinz on objecte qu'il confond le sujet et l'objet du droit, c'est-à-dire qu'avec lui il n'y a plus de droit, le droit n'étant qu'une relation de sujet à objet. Au système de Meurer on reproche de confondre une volition particulière avec la volonté faculté de vouloir, et de faire un sujet juridique d'un produit de la volonté incapable d'agir et d'exercer un droit. Dès lors, ne pourrait-on pas dire que le sujet du droit est le but de la fondation, et que l'objet en est le patrimoine ; et que ce but, sujet juridique est créé et lui est assigné par la volonté du fondateur. La volonté humaine, sujet de droit indiscutable, transmettrait par une volition sa capacité au but choisi. Le but choisi remplirait les conditions d'un sujet juridique, n'étant pas une chose inerte, mais une conception idéale philosophique, scientifique ou religieuse

en rapport avec les aspirations générales de la nature humaine, indépendante des hommes qui lui sont assignés comme mandataires et administrateurs de son patrimoine, parce que, douée de force par la volonté du fondateur elle s'imposerait à eux et les obligerait. Ainsi seraient évitées les deux graves objections faites aux systèmes de Brinz et de Meurer.

Une troisième conception de la personnalité de la fondation a été construite en Allemagne; elle s'appuie sur la grande autorité de Ihering (1), et fait de la corporation des bénéficiaires de la fondation le sujet de droit.

Ihering applique à la fondation un système imaginé par Bolze pour l'association. Ihering conçoit la personnalité civile comme un moyen technique destiné à corriger l'indétermination et l'incertitude des personnes à venir; la personne juridique devient un *nomen juris*. « Elle n'est pas elle-même le destinataire des droits qu'elle possède; ce sont les personnes physiques qui se trouvent pour ainsi dire derrière elle, qui les détiennent; elle ne fait que les représenter; elle est l'ayant-cause technique nécessaire; peu importe qu'il s'agisse d'un cercle déterminé d'individus (*universitas personarum*) ou d'une quantité indéterminée (*universitas bonorum*), par exemple, dans un hôpital, les malades ».

La théorie de Ihering ne part pas d'un principe exact. Faire « de la personnalité civile le simple correctif de l'indétermination des personnes incertaines, c'est sup-

(1) Zweck im Recht.

primer la notion de l'universitas en la confondant avec les unités qui la composent ». La personnalité civile se trouve confondue avec l'ensemble des personnalités physiques qu'elle recouvre, et n'a plus d'existence propre. Et puis, toute association ou société dont les personnes sont certaines se verrait ainsi priver de la personnalité civile puisque celle-ci ne serait qu'un moyen technique propre à déterminer les personnes incertaines.

Le principe est contestable, l'application ne l'est pas moins. Dans certaines fondations il sera possible de faire appel aux personnes physiques de l'association pour servir de soutien à la personnalité civile. Mais ce sera impossible dans beaucoup d'autres, dont on ne pourra jamais à aucune époque de leur existence déterminer les bénéficiaires et qui n'auront même pas d'organisme matériel.

Voici exposées les trois grandes théories construites en Allemagne pour éclairer la notion de la Stiftung. Sans admettre aucun de ces systèmes dans son ensemble parce qu'aucun ne nous satisfait complètement, parce qu'ils ne répondent pas entièrement à notre tempérament, il nous est possible, leur empruntant certaines idées, de construire une nouvelle théorie française où nous analyserons d'abord les différentes étapes que doivent franchir les idées de personnalité, de capacité juridique pour arriver logiquement à leur développement complet dans la conception de l'institution la plus abstraite du droit.

Toute cette partie de notre étude nous est directement inspirée d'un cours de législation comparée, professée

par M. Saleilles à la faculté de droit de Paris en 1903, et auquel nous avons eu le bonheur d'assister.

« La difficulté d'une notion théorique de la fondation vient de ce qu'il a été pendant longtemps presque impossible de concevoir qu'il pût y avoir des biens ayant une destination juridique et qui n'appartiendraient pas à un propriétaire ». Pendant longtemps également on a confondu la fondation avec ce que nous appelons l'établissement, c'est-à-dire un organisme, qui à l'extérieur fonctionne avec des organes matériels. On n'a pas étudié la gradation successive par laquelle l'idée de personnalité civile passe pour s'idéaliser et s'identifier à un but idéal. Parce que la même théorie devait s'appliquer aux diverses formes de la personnalité civile, elle ne pouvait solutionner toutes les difficultés et succombait sous les objections. Confondue avec les établissements, la fondation se trouvait rangée dans la catégorie des personnes juridiques ; distinguée des établissements, comme nous essaierons de le faire par la suite, elle sort de cette catégorie, elle devient ce que nous la définissons au début de cette étude avec M. Saleilles, une affectation à un but idéal. Elle évolue en même temps que l'idée de propriété et en suit tous les développements. Demeurée au rang des établissements, elle est déjà opposée aux associations dans la théorie des personnes juridiques,

Lorsqu'on assigne aux associations comme soutien une personne civile, bien qu'on entre dans le domaine de la fiction, on ne s'éloigne que peu de la réalité. En effet, une association comprend un groupe de personnes réelles, qui

ont toutes un droit sur l'actif social, en sont copropriétaires, il n'y a pas là de patrimoine sans propriétaire. Pour marquer le lien unitaire qui existe entre les membres de l'association, on a imaginé une personne fictive, une entité qui est une et représente tous les copropriétaires. Cette personne fictive s'éloigne très peu de la réalité, elle n'a été conçue que pour représenter ce qu'il y a d'un dans la multiplicité des personnes réelles et cacher les personnes existantes.

En étudiant l'établissement doué d'organes matériels extérieurs, nous ne trouvons plus rien de tout cela, nous nous acheminons vers le domaine du patrimoine sans propriétaire. Sans doute, il y a bien encore dans l'établissement toute une catégorie de personnes au moins éventuelles pour lesquelles l'établissement est fondé et fonctionne. Mais cette catégorie de personnes éventuelles n'est jamais délimitée, elle n'est jamais individualisée. D'ailleurs il n'en est pas toujours ainsi, et il est des cas où sans pour cela arriver à la fondation proprement dite un établissement peut fonctionner dans un but idéal scientifique, et où nous ne trouvons plus cette collectivité éventuelle pour laquelle l'établissement a été créé.

Etudions chacun des degrés par lesquels passe l'idée de la personnalité civile. En bas de l'échelle, immédiatement après la propriété individuelle qui n'a besoin comme soutien que de l'existence de l'individu, nous pouvons placer au premier degré l'indivision, la copropriété du droit romain. Les titulaires de droits sont tous déterminés et à chaque instant; cette copropriété est masquée par les pou-

voirs étendus du paterfamilias, elle est obscurcie par le droit des héritiers de demander le partage à la mort du chef de famille. Elle ne constitue pas un organisme unifié, elle a un représentant désigné pendant toute sa durée, le paterfamilias.

Immédiatement après l'indivision nous trouvons au second degré l'association de personnes constituée en un organisme unitaire, mais dont les membres sont encore personnellement individualisés. Ce degré est composé des sociétés commerciales non anonymes, des sociétés civiles. Les associés sont encore déterminés à chaque instant de l'existence de la société, le lien qui les unit est idéal, il cache la pluralité des ayants-droit.

Au troisième degré nous rencontrons la société anonyme, l'association déclarée ou non de la loi de 1901. Ici les membres ne sont plus individualisés, toute personne peut faire partie de la société ou de l'association, peut y entrer et en sortir à un moment quelconque. Les associés ne sont plus que des hôtes, l'individualité des ayants-droit n'existe plus. « L'idée d'individus qui sont propriétaires, s'atténue et se volatilise. » Il devient en effet impossible de nommer part de propriété, celle d'un membre qui est un inconnu, qui entre ou disparaît à son gré, dont l'individualité ne compte pas pour l'association. Les associés ne peuvent être déterminés qu'à une seule époque de la vie de l'association ou de la société anonyme, celle où elle va disparaître, celle de la liquidation. Ce qui est fictif ce n'est plus ici l'idée d'unité, c'est l'idée de pluralité de pro-

priétaires, la seule réalité qui existe c'est l'unité patrimoniale. (1)

Avec le 4^e degré, celui dans lequel la notion de personnalité individuelle disparaît devant la notion de but et d'affectation, nous rencontrons les établissements. Sans doute l'établissement est fondé et fonctionne en vue de bénéficiaires éventuels; mais il ne s'agit plus d'une collectivité anonyme qui peut encore être individualisée au moment de la liquidation, il s'agit d'une collectivité qui n'est jamais délimitée. Ainsi l'hôpital n'est à aucun moment destiné

(1) Cf. Opinion de Giercke rapportée par M. Saleilles, *Revue du Droit public*, année 1901, t. XVI, p. 251-252.

« Ce n'est pas par abstraction ou fiction que se forme le lien et rapport d'association entre les individus de la collectivité. Les collectivités forment un tout matériel même si le lien extérieur et visible est atténué... La personne collective apparaît dans le domaine du droit comme une réalité distincte sans doute mais tout aussi pleinement existante que la personne individuelle; pour se la représenter il n'est pas plus difficile que pour la personne individuelle. Ce qui serait difficile ce serait de vouloir décomposer et dénaturer cette personne, entité collective, pour ne voir que les individus qui la composent et se représenter à l'esprit une juxtaposition d'individus sans lien qui les unisse en dehors de ce pur phénomène juridique accidentel d'un patrimoine commun. Des individus qui s'unissent pour agir, qui s'organisent en vue d'une direction unitaire et pour faire surgir une volonté commune ne se présentent plus dans la sphère du droit commun comme des individus isolés. Ils se présentent comme inséparables et unifiés dans la collectivité. Ces collectivités apparaissent comme une personne formant un sujet de droit aussi bien que l'individu dans son unité apparaît comme un sujet de droits: patrimoine de collectivité, patrimoine d'individu, ce sont deux phénomènes de la vie juridique tels qu'ils se présentent dans la réalité des choses. »

aux seul malades qu'il hospitalise, on ne peut individualiser ses membres. Même alors qu'il va être supprimé, l'hôpital n'intéresse pas uniquement les malades qu'il a recueillis, parce que tous malades quelconques qui remplissent ou rempliront les conditions pour y entrer ont une vocation éventuelle à bénéficier de l'établissement. Dans l'association en liquidation au contraire les associés actuels sont les seuls intéressés, personne ne peut invoquer un droit éventuel quelconque.

Lorsqu'il s'agit d'un établissement scientifique la notion de but et d'affectation s'accroît et nous arrivons au 5^e degré la fondation.

Dans la fondation nous ne trouvons même plus d'organisme extérieur qui fonctionne sous une forme matérielle : il n'y a plus qu'un fonds, un patrimoine qui dans sa réalité n'appartient à personne, n'appartient plus qu'à lui, à son but, à sa destination. Il s'agit bien de propriété sans propriétaire. La capacité juridique n'est accordée à ce patrimoine sans maître, que parce que l'idée de but est jugée suffisante pour créer un lien d'universalité.

Dans la gradation que nous venons d'établir, la personnalité juridique n'apparaît qu'autant que les personnes physiques composant l'organisme sont plus difficilement déterminées et individualisées. Lorsque ces personnes physiques n'ont besoin de la personnalité juridique qu'à de certains moments cette personnalité est fictive. Elle devient réelle lorsque les personnes physiques sont habituellement indéterminées. Enfin lorsque les personnes physiques sont à jamais indéterminées, et ne sont plus qu'éventuelles, alors

la personnalité juridique personne réelle disparaît elle-même, il ne reste plus que la capacité juridique accordée au but de la fondation. Cette conception juridique de la fondation peut avoir une grande influence sur l'évolution des idées de patrimoine et de propriété. En effet, dans la fondation, le fondement de la propriété c'est l'idée de but, cette formule n'est-elle pas appelée à une plus grande extension ?

Dans la conception actuelle de la propriété individuelle c'est l'individu auquel on rattache la propriété qui la justifie et la réalise. La propriété trouve son fondement dans l'idée d'appartenance à une personne réelle, d'appropriation individuelle. Il y a propriété parce qu'il y a un propriétaire.

Dans la fondation l'individu disparaît, il n'existe même plus sous la forme de membre associé, la propriété n'est plus qu'une affectation de choses matérielles au service d'un but d'utilité générale ; « elle nous apparaît comme un procédé de droit destiné à faire servir les choses matérielles à la satisfaction des besoins sociaux.

Ceci constaté ne pourrait-on se demander avec M. Sailleilles si dans l'avenir, au lieu de présenter la classification comme nous venons de le faire en partant de l'individu pour arriver à l'idée de personnalité idéalisée et identifiée à un but, on ne partira pas de l'idée d'affectation sociale pour redescendre à l'individu. Et qu'on ne dise pas que l'existence de la propriété individuelle est menacée par cette conception de la propriété, elle est au contraire affermie et soutenue par elle. La propriété n'étant en effet qu'un mode d'affectation des choses à un service social, le pre-

mier de tous les services sociaux à organiser et faire fonctionner, c'est l'appropriation individuelle, la propriété privée, car les initiatives individuelles sont plus nécessaires à la société que les initiatives collectives, celles-ci ne sont profitables et utiles qu'autant qu'elles ne font que compléter celles-là. La propriété individuelle nous apparaîtra alors comme une affectation à la libre expansion de l'individu, service social très important. Ce ne sera peut-être plus l'individu qu'on remplacera par une fiction pour expliquer la propriété collective affectée à un but, mais la propriété individuelle qu'on expliquera par l'idée d'affectation, de fondation, d'association.

Ainsi il n'est plus besoin pour soutenir la fondation d'imaginer la création d'une personne fictive, la survivance de l'individualité, de la volonté du fondateur. Il est inutile de compliquer le problème comme à plaisir et de vouloir expliquer l'idée d'affectation à un but par une fiction, une personnalité fictive. Il suffit pour comprendre le mécanisme théorique, de suivre l'évolution, la gradation de l'idée de personne suivant l'évolution des constructions juridiques collectives et idéales, et d'analyser les opérations constitutives de la fondation. Le fondateur choisit un but, il détermine et fixe ce but et lui affecte un patrimoine. Le but est le sujet du droit, le patrimoine en est l'objet, point n'est besoin d'imaginer une personnalité juridique qui compliquerait l'institution, il suffit qu'il y ait capacité juridique. La fondation devient la création d'un patrimoine indépendant, constitué par affectation et fonctionnant juridiquement, c'est ce qu'on appelle la capacité juri-

dique qui ne suppose pas du tout l'existence d'une personne mais seulement l'exercice de droits. La fondation fonctionne donc juridiquement en vue de son affectation : elle est un patrimoine d'affectation doué de capacité juridique.

SECTION IV

Rôle de l'État

A l'égard de la fondation de droit privé telle que nous venons de la décrire et de l'analyser, institution autonome et indépendante, il est intéressant de préciser le rôle réservé à l'État. Devant une œuvre qui entraîne l'idée de perpétuité, qui est le fruit d'une volonté individuelle qui se prolonge et s'impose aux générations suivantes, qui a pour but l'organisation et le fonctionnement d'un service social souvent d'intérêt général, l'État ne saurait demeurer indifférent. Il représente la volonté commune de la nation et il ne saurait permettre à une œuvre de cette importance de se créer sans son contrôle et sans sa surveillance.

Le rôle général de l'État est de diriger la Société vers son but final, c'est-à-dire aider dans la sécurité de l'ordre le développement physique et moral des associés (1). Il doit donc protéger les droits, aider les intérêts. La mission de l'État est de contribuer au développement de la

(1) Ch. Antoine. *Économie sociale*, p. 54 et sq.

prospérité de la société. Nous n'admettons pas avec certains que l'État ait pour mission de se substituer aux individus, de s'arroger un droit de monopole sur tout ce qui peut fortifier sa puissance. Nous admettons encore moins qu'il ait le pouvoir de concentrer entre ses mains toutes les richesses collectives et d'intérêt général pour en faire le soutien des doctrines et des théories qu'il représente. Il ne doit à notre avis avoir pour but que de hâter et de faciliter le progrès social.

La conséquence de ce principe est que l'État a certainement un rôle actif à remplir vis-à-vis de la fondation. Ce rôle sera après en avoir examiné le but et le statut, de l'encourager, si elle est utile au développement matériel et moral de la société ; de la prohiber, si au contraire, elle est nuisible à l'ordre social et économique.

On peut distinguer différents moments dans l'existence de la fondation, où l'État aura à intervenir ; ce sera d'abord l'époque de la création et de la constitution, ensuite l'époque du fonctionnement, enfin celle de la suppression ou de la transformation.

Au moment où la fondation est créée, le rôle de l'État est d'examiner le but poursuivi par elle, d'exercer un contrôle sur son orientation et sa destination. Il peut en effet se rencontrer des fondations dont le but soit insignifiant ou inutile à réaliser, ou soit même nuisible. On cite comme exemple de ridicule une fondation dont le but était l'érection d'un monument funèbre à des animaux domestiques, ou encore celle adressée à l'Université de Londres par Brown ayant pour objet « le soin et le traite-

ment des animaux et des bêtes utiles à l'homme » (1). L'État ne saurait permettre et encourager une immobilisation de biens au profit de semblables buts, ce serait permettre l'anéantissement d'un fonds qui affecté à une meilleure cause aurait pu collaborer au progrès social.

Pendant l'existence de la fondation, l'État pour remplir sa mission doit encore exercer un contrôle et une surveillance. Le fondateur n'est plus là pour veiller à la bonne exécution de sa volonté, à l'emploi des revenus du patrimoine en conformité avec le but assigné. L'État est tenu de le remplacer et de collaborer avec les organismes de surveillance et de contrôle que le fondateur aura pu prévoir. Le rôle de l'État peut, au cours de la fondation, devenir plus important. La société ayant évolué progressivement depuis la constitution de l'œuvre, le but utile au début peut être devenu inutile. L'État ne doit pas laisser le patrimoine de la fondation immobilisé au service de ce but, et là encore il doit intervenir et collaborer avec l'administration de la fondation pour en transformer le but, suivant les règles établies par le fondateur dans l'acte de constitution ou suivant son intention présumée.

Si le but de la fondation devient contraire à l'ordre public, ou ne correspondant plus à aucune utilité sociale il est impossible de le transformer sans violer la volonté du fondateur, il sera nécessaire de supprimer l'œuvre et de procéder à la liquidation et dévolution de son patrimoine : et le contrôle et la surveillance de l'État sont

(1) *Fraser's Magazine* 1869, p. 8.

encore nécessaires sur cette opération délicate, afin de protéger les intérêts de chacun.

Après avoir recherché les différents moments auxquels l'État aura à exercer son pouvoir de contrôle et de surveillance, il est intéressant d'analyser ce pouvoir et d'en étudier la forme et le fonctionnement. Ici encore nous sommes obligés, pour trouver des exemples et une doctrine sur notre sujet, de faire appel aux législations et aux théories étrangères, la fondation de droit privé n'existant pas en droit français.

En Angleterre le système est celui de la reconnaissance légale (1). Au lieu d'apprécier chaque fondation, la loi attribue la capacité à toute une catégorie. Le procédé employé le plus souvent par le fondateur est une remise de jouissance entre les mains de fidéicommissaires appelés *trustees* qui sont chargés de l'administration de la fondation. Seulement la nomination des *trustees* et la remise de jouissance entre leurs mains ne sont valables qu'autant que l'œuvre peut rentrer dans la catégorie des fondations de bienfaisance, ce que le droit anglais appelle des *Charities* — L'autorité qui exerce le pouvoir de surveillance au nom de l'État est l'autorité judiciaire. — Lorsque pour une raison quelconque, « le but de la fondation est devenu impossible, faute d'objet, les Cours ont le droit d'en employer les fonds à un autre objet, aussi rapproché que possible du premier ; il en est de même lorsque, dès le

(1) Cf. Gouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 378, sq., — Saleilles Article paru dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, année 1906, n° 6, p. 485, sq.

début, la fondation ne peut se réaliser sous la forme voulue par le testateur » les Cours interprètent très largement ses intentions, toutes les fois qu'elles ont la certitude que celui-ci eût préféré, plutôt que d'abandonner la fondation, en modifier le statut ou l'objet, elles opèrent elles-mêmes ces transformations.

En Allemagne on a longuement discuté à l'époque de la rédaction du Code Civil. Se contenterait-on au moment de la constitution de la simple immatriculation, comme on l'avait fait pour les associations, ou bien exigerait-on une approbation, une autorisation administrative ? C'est le deuxième système qui l'a emporté. Pour constituer une fondation douée de la capacité juridique il faut obtenir l'approbation de l'État où elle aura son siège social, ou du Bundesrath. Cette approbation n'est pas une concession de capacité mais une consécration d'une habitude virtuelle préexistante à la capacité. Sans doute avec le système de la simple immatriculation, l'État aurait pu se réserver, au cours de l'existence de l'œuvre, un droit de contrôle et d'intervention suffisant pour remédier aux abus, mais le législateur allemand, estimant ce contrôle très délicat a préféré l'organiser au début par une autorisation. Une autre raison l'obligeait à ne pas adopter le système appliqué aux associations, c'est que les règles générales du droit public exigent que l'objet de l'association soit licite, et elles ne s'appliquent pas aux fondations.

Le Code Civil (art. 87) réserve en outre à l'État un droit d'intervention pour deux causes : le but est devenu impos-

sible, ou bien le but compromet l'intérêt public. Il assimile l'impossibilité volontaire subjective à l'impossibilité matérielle, absolue, objective (art. 175). Le droit de l'État sera ou la transformation du but, ou la suppression de la fondation. La transformation est certainement plus utile et plus conforme aux intentions du fondateur, mais c'est aussi un procédé plus délicat car il permet de violer la volonté initiale. Le Code Civil (art. 87) dit que l'autorité compétente devra se rapprocher de « l'intention du fondateur et faire en sorte, autant que possible, que les revenus du patrimoine de la fondation restent attribués, de la façon qu'avait en vue le fondateur, à la catégorie de personnes auxquelles ils devaient profiter ». L'État a également le droit de mettre la constitution statutaire en rapport avec le but transformé. Au cas d'impossibilité volontaire subjective, c'est-à-dire d'inexécution des conditions de la fondation, l'État a le droit de mettre en demeure l'administration d'avoir à se conformer au but initial. Ainsi en serait-il au cas de substitution de personnel laïc au personnel religieux voulu par le fondateur. Avant toute transformation du but, l'administration de l'œuvre doit être consultée et entendue.

Le second procédé est plus radical, il supprime l'œuvre. Que va devenir le patrimoine ? Le plus souvent le fondateur aura prévu le cas et réglé la dévolution. Mais il peut se trouver un fondateur imprévoyant, ou bien la dévolution pouvait être faite au profit d'une autre fondation qui elle-même n'existe plus. Dans ce cas les biens font retour aux héritiers mais par un procédé assez curieux. Les héri-

tiers n'exercent pas un droit de retour, ils succèdent à la fondation. L'ancienne administration ou un liquidateur spécial, recouvre les créances, réalise l'actif de la fondation, paie les dettes et attribue le reliquat d'actif aux héritiers.

En Suisse le code fédéral de 1881 contient la même lacune que notre Code Civil français, la matière des fondations en a été exclue. Depuis on a demandé des réformes et un avant-projet fut préparé. Dans cet avant-projet inspiré sur beaucoup de points du Code Civil allemand, la doctrine française est écartée ; en voici d'ailleurs l'économie.

Toute fondation doit être créée par testament public, ce qui assure la publicité de l'œuvre : mais l'autorisation n'est imposée qu'aux fondations ayant une destination publique ; c'est-à-dire non pas les fondations de droit public, mais celles qui ont pour but de réaliser une œuvre rentrant dans la compétence générale de l'État. Ce sont par exemple les fondations ayant pour but l'exercice d'un culte, l'enseignement, l'assistance publique. Cette disposition est fondée sur le droit de compétence de l'État relativement à l'intérêt général, alors même qu'il ne se réserve aucun monopole. Les autres fondations à destination privée sont libres, la formalité de l'immatriculation ne leur est même pas imposée.

Ce système est plus libéral que celui du Code Civil allemand, aussi l'avant-projet suisse reporte son effort sur le contrôle et la surveillance des fondations pendant le cours de leur existence. Il ne limite plus l'intervention de l'État

à la suppression ou la transformation du but dans deux hypothèses ; il considère que toute fondation participant à un rôle social, à une fonction de l'État il doit y avoir une véritable collaboration entre eux. L'idée neuve est que toute fondation doit avoir un tuteur qui contrôle, surveille dans l'intérêt du fondateur afin de faire respecter sa volonté et son but. Cette tutelle est double, elle est exercée par une autorité de haute surveillance qui n'est autre que l'État cantonal ou fédéral et par une autorité de surveillance immédiate, qui est un conseil nommé par l'autorité de haute surveillance. L'article 103 assigne à ces organes de surveillance pour fonction non pas de veiller aux intérêts publics, mais à ce que les biens soient employés conformément aux intentions du testateur.

L'avant-projet n'exigeant pas au début d'autorisation pour les fondations à destination privée et ne les soumettant qu'à une tutelle permanente, une difficulté toute matérielle peut être soulevée. Supposons que le fondateur ait imposé un but, une condition de fonctionnement irréalisables ; refuser la fondation serait certainement aller à l'encontre de la volonté du fondateur alors que le plus souvent une légère modification suffit à la rendre possible. Comment, diront les adversaires du système, peut-on comprendre une intervention en faveur d'une fondation qui n'existe pas encore et qui ne pourra peut-être pas exister ? Cette difficulté aurait été en effet insoluble avec les théories anciennes sur la nature de la fondation : l'établissement supposant un organisme auquel on attribue un patrimoine, la personnalité ne pouvant exister qu'après la

constitution et le fonctionnement de l'organisme extérieur, si l'organisme est irréalisable, toute transformation est impossible. Il n'en est plus de même avec les théories nouvelles. Peu importe la réalisation matérielle, la fondation existe par le seul fait de l'affectation d'un patrimoine à un but, elle est douée de capacité juridique au moins virtuelle. Dès lors l'organe de surveillance de l'État pourra même au début de la fondation apporter certaines modifications aux conditions de fonctionnement et même au but, ou remettre le capital à une autre fondation déjà existante si réellement il est impossible d'organiser l'œuvre. Ceci en se rapprochant le plus possible des intentions du fondateur et nonobstant son opposition formelle. Malgré cette réserve ce droit d'attribution à une autre fondation paraît dangereux, car elle peut être en opposition avec la volonté du fondateur alors même qu'il n'en aurait pas formulé la défense expresse.

Au cours de l'existence de la fondation, l'organe de surveillance peut après avis du Conseil de direction de l'œuvre, décider soit la modification du but et du fonctionnement, soit la suppression. Pour décider la transformation il suffit que l'importance ou le résultat ne répondent plus aux intentions du fondateur. On a visé particulièrement le cas où le but ne répondant plus aux circonstances nouvelles se trouve en disproportion avec le patrimoine immobilisé. Ainsi une fondation de retraites à des ouvriers d'une industrie ne fonctionnant plus, peut servir à relever cette industrie. Quant à la suppression, l'autorité intervient seulement au cas où le but serait devenu illicite. En

effet lorsque le but initial est devenu irréalisable ou dangereux pour l'ordre public, la dissolution s'opère d'elle-même et de plein droit. Ce système peut être dangereux pour le tiers de bonne foi qui contracte avec un administrateur ne pouvant plus engager le patrimoine de la fondation.

Ces deux systèmes allemand et suisse nous semblent répondre tous deux au rôle que nous assignions à l'État : protéger les droits, aider les intérêts. Tous deux ont organisé une autorité de contrôle et de surveillance dont le but est de protéger les droits, et d'aider les intérêts du fondateur, des bénéficiaires éventuels, et de la Société. Le système suisse serait peut-être supérieur au système allemand en ce qu'il n'organise pas seulement un contrôle mais une véritable collaboration avec le fondateur et son œuvre, tout en ne cherchant pas à faire de la fondation un service public, un monopole de l'État. Les deux systèmes ne diffèrent que par quelques applications de détail, nous les retrouverons plus tard lorsque nous aurons à indiquer celui qui nous semblera le plus utile et le plus approprié à notre caractère national.

Avant de terminer cette étude du rôle de l'État, nous voudrions exposer et dire pourquoi nous semble inadmissible la théorie de ceux qui voulant à tout prix que le sujet juridique de la fondation soit une personne, et ne parvenant pas à construire une personne fictive solide, font appel à l'État et font de lui le propriétaire de tous les biens de fondation.

Cette théorie est née, pourrait-on dire, des besoins de la

Révolution. A cette époque troublée où l'Assemblée Constituante avait besoin d'argent pour éviter la « hideuse banqueroute », elle songea à s'appropriier les biens des fondations. Il fallait trouver le moyen de légitimer cette mesure violente et indispensable (1). Mirabeau analysant l'idée de fondation y trouva deux donataires « l'un principal la personne morale chargée du service, l'autre subsidiaire l'État ». La Constituante poussa son analyse plus loin et n'admit plus qu'un donataire : l'État. La fondation étant une œuvre d'intérêt général, et l'État représentant l'intérêt général, c'est à l'État que la donation ou le legs s'adressent. Une autre personne morale ne peut avoir reçu ces donations ou legs qu'en qualité de mandataire et l'État peut révoquer le mandat quand il le juge bon.

Cette conception intéressée de la fondation ne saurait avoir une grande valeur doctrinale. Mais la théorie de l'État propriétaire a été reprise depuis et soutenue en Belgique notamment par Tielemans (2) et surtout en Italie par Giorgi, dans un travail sur la personnalité civile.

Les auteurs de ce système se basent sur le fait qu'au point de vue économique toutes les lois sont obligées de reconnaître à l'État un droit de surveillance, un droit d'extinction, un droit d'autorisation. Ils prétendent que lui attribuer ces trois pouvoirs c'est du même coup lui donner la qualité de propriétaire. Tout propriétaire, disent-ils, a le droit d'administrer, de changer l'affectation de ses

(1) Cf. Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.*, p. 441, sq.

(2) *Droit administratif*, VII, v^o Fondation.

biens ; or ce sont les pouvoirs de surveillance et d'extinction exercés par l'État. De plus, ajoutent-ils, pour que la fondation se crée, il faut que son titulaire vienne en prendre la propriété, ce que fait l'État en usant de son droit d'autorisation.

Pour que ce raisonnement ait une valeur réelle il faudrait que les trois pouvoirs de l'État ne puissent s'expliquer autrement. Or il n'en est rien. L'État intervient et surveille pour protéger la volonté du fondateur et les intérêts des bénéficiaires indéterminés qui ne peuvent faire valoir leurs droits eux-mêmes, exactement comme il protège les parties à un contrat qui lui est étranger. Il a le droit de supprimer la fondation tout comme il a le droit de dissoudre une association, dira-t-on pour cela qu'il est propriétaire des biens de l'association ? évidemment non, parce que l'État est intervenu en faisant appel à son *imperium* et non à son *dominium*, il protège là encore les intérêts des particuliers ou ceux de la Société. Mais, insistent les auteurs du système, les services d'assistance, d'enseignement que remplit la fondation incombent à l'État : L'État bénéficie de la fondation qui diminue ses charges sociales, donc il en est le titulaire. « C'est, répond M. Geouffre de Lapradelle, une doctrine inadmissible. Un exemple le fera saisir. Je suis tenu d'acquitter une dette alimentaire envers un parent pauvre, un tiers lui fait une donation, mon obligation cesse. Je profite de la donation ; est-ce à dire que je suis propriétaire du bien donné ? Assurément non. » La position de l'État est identique, il est chargé des services sociaux, un citoyen généreux diminue

ses charges en faisant une fondation, il n'en est pas pour cela devenu propriétaire de la fondation.

Et puis au point de vue social, reconnaître l'État comme le maître des fondations, est une grande imprudence. Aux heures troubles du déficit il n'hésiterait pas à en détourner les biens de leur but pour les affecter aux besoins passagers de son imprévoyance ou de son malheur. La doctrine sage et prudente est celle qui n'accorde à l'État qu'un droit de surveillance et de collaboration pour aider les droits et protéger les intérêts.

SECTION V

Nature de l'acte de fondation

Nous avons vu que la fondation, qu'elle tire son origine d'une disposition entre vifs ou d'une disposition à cause de mort, est la constitution d'un patrimoine indépendant affecté à un but et doué de capacité juridique. Nous avons abandonné les théories anciennes qui veulent imposer une personne morale comme sujet juridique de la fondation. Enfin nous avons déterminé le droit de contrôle et de collaboration de l'État. Il nous faut encore analyser la nature de l'acte créateur de la fondation. Quel sera cet acte, sera-ce la volonté unique du fondateur, ou bien l'acte d'approbation de l'État ? On a même pu se demander si l'acte de fondation n'aurait pas la forme d'un contrat passé entre le fondateur et l'État.

Cette théorie contractuelle de l'acte de fondation peut sembler admissible lorsqu'il s'agit d'une disposition entre vifs; mais en matière testamentaire elle semble au premier abord insoutenable. On peut cependant la discuter raisonnablement. Sans doute il y a contradiction par définition entre le testament et le contrat; mais la difficulté théorique se pose surtout dans le domaine du contrat. Il suffit en effet pour sauvegarder les éléments constitutifs du testament que les dispositions patrimoniales, qui accompagnent la fondation, gardent leur caractère unilatéral et alors on peut concevoir que le testament, à côté des dispositions qu'il contient serve d'instrument à une offre de contrat. Mais peut-on admettre un contrat qui se forme après la mort? De plus pour qu'il y ait contrat il faut que les deux parties veuillent une même chose. Le fondateur a voulu la fondation, mais peut-on dire que l'État, qui n'a fait que donner son approbation, ait voulu lui aussi réaliser la fondation? Approuver un acte juridique ce n'est pas le vouloir. Il n'y a en réalité qu'une volonté qui ait pour but direct de créer la fondation, c'est celle du testateur. Dans aucun système on ne peut dire que l'État soit auteur de la fondation.

On a dit alors que la fondation se compose de deux éléments, l'un matériel, l'autre juridique. Il y a un acte créateur d'organisme destiné à fonctionner juridiquement, qui est l'œuvre du testateur, ce n'est qu'une ossature, un corps mort, et pour lui donner la vie il faut un acte d'attribution de capacité, qui émane de l'État. Ainsi la création de la

fondation serait l'œuvre du testateur, et l'attribution de capacité celle de l'État.

Cependant on a été plus loin. On a dit : la création de la fondation et l'attribution de capacité viennent du testateur, l'État ne met qu'une condition à la mise en œuvre de la capacité, il consacre une habitude virtuelle préexistante. Les auteurs allemands qui acceptent cette dernière conception sont ceux qui veulent combattre partout où ils la rencontrent l'idée de personnalité fictive. Il leur a semblé qu'attribuer à l'intervention de l'État l'octroi de la capacité juridique c'était revenir à l'idée de personnalité, que c'était dire que l'État donnait la personnalité.

Prenons notre théorie sur la fondation, l'idée d'affectation suffit pour justifier l'idée de propriété, or cette affectation est du domaine de la volonté privée, elle est l'exercice d'un droit du propriétaire. Or créer l'affectation est-ce déjà créer le patrimoine ? Sans doute ce n'est pas possible dans les théories anciennes qui veulent partout un sujet vivant ou fictif ; mais par cela seul qu'il n'y a plus de personne dans notre théorie, « créer l'affectation c'est en même temps créer un patrimoine, et créer un patrimoine c'est créer la capacité avec droits. » L'État s'est réservé un droit d'intervention et cette intervention est conçue non comme créatrice, mais comme une condition à laquelle se trouve subordonnée la création du patrimoine de capacité. Or, de même que dans les contrats les faits de condition ne sont pas les faits créateurs du droit, l'intervention ne donne pas la capacité, le testateur en est le créateur.

Dans notre théorie l'acte de création du sujet et l'acte de création des biens se confondent. Les deux actes étaient distincts dans la théorie de l'établissement parce qu'il comportait deux choses distinctes : l'organisme matériel, sujet juridique, c'étaient presque les murs ; et le patrimoine. Pour nous la conception de la fondation est unitaire, la capacité n'est plus une personne fictive distincte du patrimoine. La capacité est attribuée au patrimoine par entité juridique et non à l'organisme. « Autrefois l'idée d'organisme préexistait à l'idée de patrimoine, aujourd'hui l'idée de patrimoine préexiste à l'idée d'organisme. » L'acte du fondateur est unique, c'est la création d'un patrimoine.

SECTION VI

Conclusion des notions théoriques précédentes

L'idée directrice de cette étude théorique a été de légitimer la liberté de fondation privée, de permettre aux fondateurs d'élever des services sociaux à côté de ceux de l'État. La loi de concurrence trouve son application efficace même en matière de service public. L'État ne saurait prétendre à l'intangible vérité des principes qu'il représente ou qu'il impose ; il ne saurait empêcher les idées qui ne sont pas siennes de s'affirmer librement. Tel principe, telle conception philosophique un moment écrasés sous les moqueries de théories nouvelles, a survécu à une

décadence passagère et connu de nouveau la popularité. L'histoire est un perpétuel exemple de ces changements et retours en arrière. Interdire à ces principe et conception de se perpétuer par leurs fondations c'est les obliger à un nouveau labeur et retarder les bons effets sociaux qu'ils apportent.

Pour éviter les reproches économiques faits à la fondation, il nous a été facile de montrer quels pouvoirs de contrôle et de collaboration l'État pouvait être en droit d'exiger afin de remplir sa mission sociale, aider les intérêts, protéger les droits.

La personnalité morale ne nous a pas paru s'accommoder à la fondation qui ne représente de personnes physiques déterminées et individualisées à aucun moment. Nous n'avons trouvé comme sujet juridique que l'idée de but avec affectation de patrimoine et capacité juridique et il nous semble inutile de compliquer ces notions en y ajoutant une nouvelle, celle de personnalité, qui n'apporte aucun avantage. La fondation privée ainsi conçue répond à notre idéal ; elle est l'affectation d'un patrimoine doué de capacité, œuvre du fondateur sous le contrôle et avec la collaboration de l'État.

CHAPITRE DEUXIÈME

La Fondation en Droit Français

SECTION I

Système du Code civil

Nous avons étudié dans un premier chapitre la fondation privée, comment au sens technique du mot elle était le véritable mode de fonder. Dans un deuxième chapitre nous examinerons le système du Code civil français et de la jurisprudence.

La matière de ce chapitre a été souvent traitée, aussi nous contenterons-nous d'un exposé rapide utile simplement pour montrer comment à notre avis le système français est insuffisant. Parmi les ouvrages qui nous serviront de guide en cet exposé nous indiquerons le *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol (1), la thèse de M. Geouffre de Lapradelle (2), un article de MM. Lévy-Ullmann et

(1) Planiol. *Traité élémentaire de Droit civil*, tome III, page 966, Paris, 1903.

(2) A. Geouffre de Lapradelle. *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*. Paris, 1895.

Grunebaum-Ballin paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (1), et surtout le Rapport présenté par M. Saleilles à la Commission nommée par la Société d'Études législatives pour l'étude de la question des fondations (2).

Le Code civil français volontairement ou non n'a pas parlé des fondations, les laissant ainsi soumises aux procédés ordinaires de droit commun. Deux moyens s'offrent donc au fondateur pour réaliser son œuvre : faire une donation ou un legs avec charge d'emploi au profit d'un établissement d'utilité publique préexistant, ou créer lui-même cet établissement et le doter.

La fondation ainsi réalisée, au moyen d'une libéralité avec charge, est ce que nous avons appelé au début de cette étude une fondation à forme indirecte. Nous savons qu'au sens technique du mot ce n'est pas une fondation. Lorsque la libéralité a lieu par acte entre-vifs, c'est une donation avec charge. Si le fondateur se trompe en choisissant le bénéficiaire de son œuvre, et s'adresse à un établissement public ou d'utilité publique incapable, en vertu du principe de spécialité, de remplir la charge imposée, la difficulté est minime. Prévenu par l'administration de l'obstacle soulevé par son intention, il peut changer de donataire et faire sa donation conformément aux règles administratives.

(1) *Revue trimestrielle de Droit civil*, n° 2, 1904. Essai sur les fondations par testament, affaires de l'académie Goncourt et de l'hospice de Finestret.

(2) *Bulletin de la société d'Études législatives*, année 1906, n° 6, p. 469, sq.

Il n'en va plus de même si la libéralité est faite sous la forme testamentaire, celle du legs avec charge. Si le bénéficiaire choisi est incapable, le fondateur est mort, il n'est plus là pour modifier son attribution : et le cas s'est présenté souvent. Le Conseil d'État s'est montré favorable à la fondation sous forme de libéralité avec charge et il a toujours cherché à la valider. Aux objections qu'on lui posait, lui montrant que dans l'espèce il s'agissait d'un legs à une personne incapable, à une personne incertaine, il a répondu qu'il avait qualité pour interpréter les intentions du testateur spécialement lorsqu'il s'agissait d'une erreur juridique. Ainsi le Conseil d'État, à moins qu'il n'y ait opposition formelle de la part du testateur, complète ou rectifie la disposition testamentaire erronée : lorsque le testateur a légué des biens aux pauvres d'une commune il autorise l'acceptation par le bureau de bienfaisance ; ou bien lorsque le testateur s'est trompé de personne morale il substitue une autre personne capable de recevoir le legs en vertu du principe de spécialité.

Lorsque le fondateur, pour une raison quelconque, soit qu'il se défie des établissements existants, soit qu'il ne s'en trouve pas qui répondent au but qu'il se propose d'atteindre, veut créer une œuvre nouvelle, faire une fondation sous la forme directe, il ne le peut que par acte entre-vifs, par donation. Il doit d'abord créer l'organisme destiné à faire fonctionner l'œuvre. Puis après une période d'essai, lorsque l'organisme a fait ses preuves, il sollicite la reconnaissance d'utilité publique. Le fondateur a créé son œuvre directement mais il en a fait un établissement,

d'utilité publique sans propriété privée, administré sous le contrôle de l'État. En France la fondation privée n'existe pas. Il est impossible de créer un patrimoine d'affectation autonome et indépendant, distinct de toute autre masse patrimoniale, jouissant de la capacité juridique. Le véritable fondateur de toute œuvre c'est l'État. Or l'État est le représentant de doctrines politiques qu'on peut soupçonner, qui changeront, varieront souvent, et une œuvre pour être prospère doit être tenue en dehors de ces fluctuations anémiantes. Sous la forme testamentaire, la fondation directe elle-même n'est plus possible. Elle n'est plus possible parce que le testateur n'est plus là pour réaliser lui-même l'organisme matériel de l'établissement qu'il a voulu fonder, pour le faire fonctionner et solliciter pour lui la reconnaissance d'utilité publique. Et le testateur ne devrait pas pouvoir imposer cette création à une personne physique sous forme de legs avec charge. Cette personne physique n'est pas en effet un véritable légataire puisqu'elle ne doit rien garder sur les biens qui lui sont attribués, elle n'est qu'un simple exécuteur testamentaire, ou un fidéicommissaire, ou une personne interposée représentant une personne juridique à créer, inexistante au jour d'ouverture de la succession et qui n'a pas qualité pour être instituée. C'est la doctrine française en matière de fondation telle qu'elle résulte des principes posés par le Code civil. La fondation privée n'existe pas, la fondation directe publique n'est possible que sous la forme de libéralité entre vifs ; autant dire que la fondation, au sens vrai de la définition du mot, n'existe pas. Le droit français ne

connaît que des libéralités avec charge au profit d'œuvres préexistantes créées ou non par le fondateur.

SECTION II

Évolution de la jurisprudence

Cependant cette forme stricte du droit français n'existe plus. « En pratique, dit M. Saleilles, la jurisprudence progressive, libérale et évolutive des tribunaux et de la Cour de Cassation a atténué toutes ces rigueurs, brisé tous ces cadres inflexibles, et bouleversé de fond en comble les principes de notre droit successoral et testamentaire, en vue de faire droit aux aspirations les plus légitimes de l'initiative individuelle ».

Aujourd'hui la jurisprudence admet qu'un légataire simple particulier et non personne morale administrative est valablement gratifié, lorsque la charge à lui imposée est d'employer intégralement les biens qu'il reçoit à la création « d'une œuvre destinée dans la pensée du testateur à devenir un établissement d'utilité publique ».

Cette jurisprudence a été consacrée par le tribunal de la Seine et la Cour d'appel de Paris (1) dans une affaire qui eut un grand retentissement, l'affaire du testament d'Edmond de Goncourt. Le tribunal admet que les « légataires universels » institués par Edmond de Goncourt ne

(1) Paris, 4^{er} Ch. 4^{er} mars 1900, *Gaz. des Trib.*, 16 mars 1900, *Gaz. du Palais*, 1900. 1.608.

sont pas de simples exécuteurs testamentaires, ayant une vocation au moins éventuelle à l'universalité de la succession ; que n'étant pas grevés de la charge de conserver et de rendre ils ne sont pas assimilables à des fidéicommissaires ; qu'ils ne sont pas des personnes interposées alors qu'ils sont expressément institués comme seuls légataires ; enfin le tribunal admet que la société prévue par le testateur venant à naître légalement, recevra les biens des mains des légataires, le legs à charge de gratifier une société ayant obtenu la personnalité civile ne contenant ni condition illicite, ni condition impossible. « Le légataire individu, dans la pratique de la Cour de Cassation, dit M. Saleilles, joue le même rôle que le légataire personne morale administrative dans la pratique du Conseil d'État. En réalité il y a entre ces deux légataires une grande différence ». L'un le légataire individu n'est à proprement parler qu'un exécuteur testamentaire, puisque son rôle terminé il ne lui reste plus rien entre les mains, tandis que l'autre le légataire personne morale administrative reste le véritable légataire et propriétaire, puisque la charge qui lui est imposée est l'entretien d'un service rentrant dans sa sphère administrative.

Au point de vue doctrinal les raisonnements juridiques auxquels la jurisprudence a fait appel pour justifier son évolution ne sont pas intangibles.

Le premier de ces raisonnements a pour but de valider la disposition testamentaire dans laquelle la charge absorbe l'entier émoluments du legs. A l'objection que le légataire sans émoluments n'est qu'un exécuteur testamen-

taire, la jurisprudence répond que la caractéristique du legs universel n'est pas la certitude d'un émolument, mais la vocation éventuelle à la totalité des biens de la succession. A cette réponse, M. Geouffre de Lapradelle a répliqué en démontrant que ce qui constitue l'essence du legs c'est l'intention bienfaisante chez le testateur, l'*animus donandi* ; et l'intention de s'enrichir chez le gratifié. Double principe sur lequel la Cour de cassation a édifié sa jurisprudence de la nullité faute de cause des libéralités conditionnelles.

Le patrimoine légué ainsi est grevé entre les mains des légataires d'une clause d'indisponibilité et d'une charge de remettre à l'œuvre à créer. N'est-ce pas là une des substitutions prohibées par l'article 896 du Code civil. Et comme le font remarquer MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin, « qu'on ne vienne pas soutenir, pour éviter l'article 896, que l'intermédiaire n'est pas un fidéicommissaire, mais un simple fiduciaire, c'est-à-dire un intermédiaire non gratifié, grevé de restitution sans être lui-même bénéficiaire, cette réponse serait en contradiction avec le point de départ de la théorie : la qualité de légataire véritable revendiquée pour l'intermédiaire ».

A l'objection faite que le légataire était personne interposée ayant pour objet de valider un legs fait à un incapable, et que le legs tombait sous l'application de l'article 911 ; les tribunaux répondent en disant que le légataire ne saurait être personne interposée ayant reçu les biens en pleine propriété et non en dépôt. M. Lévy-Ullmann fait remarquer qu'il y a dans ce raisonnement une erreur de

droit, l'interposition de personnes condamnée par l'article 911, est à la fois celle constituée par la détention précaire et par la pleine propriété. Les exemples d'interposition qui nous sont donnés par le deuxième alinéa de l'article 911 et par l'article 1.100 sont des cas où la personne présumée interposée est propriétaire.

Enfin une dernière réplique peut être faite aux réponses de la jurisprudence. Elle valide le legs avec charge à personne physique au profit d'une œuvre à créer en établissant une distinction entre le legs proprement dit et la charge, afin d'éviter les exigences de l'article 906. La Cour de cassation abandonne cette distinction à l'appréciation des juges du fait et pourtant il y a là une question de droit. L'obligation de faire est bien une charge imposée au légataire, mais l'obligation de donner ne devrait-elle pas s'analyser plutôt en un nouveau legs? M. Geouffre de Lapradelle fait remarquer que ces subtilités sont sans grande importance, l'incapacité de recevoir de l'article 906 ne s'appliquant pas simplement au legs, mais en général à toute disposition testamentaire.

Rendu à ce point d'évolution jurisprudentielle, le droit français admet toujours la fondation par voie de libéralité avec charge, mais la fondation directe ne peut être réalisée que par la création d'un établissement d'utilité publique, sur l'initiative du fondateur, ou de son légataire. Et encore la fondation réalisée par le moyen d'un prétendu légataire qui n'est autre qu'un exécuteur testamentaire est-elle très attaquée. La fondation reste de droit public.

SECTION III

Nouvelles évolutions de la jurisprudence

Cependant la jurisprudence la plus récente montre qu'elle n'a pas entendu limiter son évolution et déjà dans un arrêt rendu par la Cour de cassation (1) le 12 mai 1902 et confirmant un arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier, dans l'affaire de l'hospice de Finestret, elle a marqué une nouvelle étape dans la voie de nouveaux progrès.

Les fondateurs ont en effet cherché divers moyens pour atteindre leur but et réaliser leur œuvre autrement que par voie de création d'un établissement d'utilité publique. « C'est que d'une part, dit M. Saleilles, la reconnaissance d'utilité publique peut être difficile à obtenir ; et même si on l'obtient, il peut se faire qu'on redoute, pour la fondation future, le surcroît de protections résultant de la tutelle administrative ».

Le fondateur a cherché à assurer la propriété indépendante et la perpétuité de la fondation par d'autres moyens. Il a voulu par exemple qu'une société fut formée suivant un statut et un mode de recrutement fixés par lui, et chargée d'administrer la fondation. Il y aurait ainsi collaboration entre l'idée d'association et l'idée de fondation. « Au fond, et en réalité, dit M. Saleilles, il n'y aurait qu'une association de gérants, et non de propriétaires, puisque

(1) D. 1902, 1.425 H.

par définition, la propriété par le fait même de son affectation à son but, échappe à la disposition des associés et même aux modifications statutaires qu'ils pourraient vouloir prendre par la suite ».

Dans l'affaire de l'hospice de Finestret, le cas est à peu près celui que nous venons de poser. M. Graule par son testament après avoir exhéredé ses héritiers nommait trois légataires universels, en même temps exécuteurs testamentaires; il les chargeait de fonder une œuvre hospitalière entretenue par les revenus de ses biens. « Pour assurer la perpétuité de l'œuvre et la distinction entre le patrimoine personnel à chacun de mes héritiers et les biens recueillis dans ma succession, j'invite mes héritiers à former une société civile de longue durée ayant pour objet de réaliser le but que j'indique, et dont l'apport consistera précisément dans les biens recueillis dans ma succession. Je désire que M. Échernier (l'un des légataires) soit gérant de cette société, dont les membres en cas de décès seront choisis par les deux survivants pour perpétuer l'œuvre et atteindre son but ».

Le tribunal de Prades annula le testament, se fondant principalement sur ce que les légataires n'étaient qu'apparents et sur ce qu'il y avait interposition de personnes.

La Cour de Montpellier cassa le jugement du tribunal et déclara le testament valable. La Cour notamment motive son arrêt sur ce que : « Obliger le testateur, pour la fondation d'une œuvre de philanthropie qu'il désire laisser après lui, à recourir à un établissement public, à une commune ou à l'État, serait non seulement paralyser dans

bien des cas la bienfaisance, mais encore porter la plus grave atteinte à la liberté de tester » ; « que M. Graule n'a en réalité chargé ses successeurs que de faire ce qu'il eût été en droit de faire lui-même de son vivant » ; « que le testament ne contient aucune clause de nature à entraver en quoi que ce soit la libre circulation des biens faisant l'objet du legs », qu'en effet les légataires sont autorisés « à disposer des valeurs héréditaires en toute propriété, à la seule condition de faire des revenus, l'emploi déterminé par le testament ».

L'affaire vint devant la Cour de cassation, le pourvoi tirait ses moyens de la violation des articles 906 et 910 et des principes du droit public français. Sur conclusions conformes de M. le Procureur général Baudouin la Cour rejeta ce pourvoi.

M. le Procureur général estime (1) que « le legs est valable en lui-même ayant sa base dans le droit de propriété que chacun de nous a sur ses biens et qui nous permet d'en disposer à notre gré de notre vivant et même après notre mort à la seule condition de respecter les règles de la réserve et de l'ordre public ». En quoi, ajoute-t-il, l'ordre public est-il engagé? Où donc est le texte qui interdit au testateur d'imposer à son légataire la charge de créer un établissement de bienfaisance? On prétend s'appuyer sur une règle de notre droit public basée sur la tradition et suivant laquelle l'œuvre à fonder étant d'utilité générale et destinée à se perpétuer ne saurait s'établir

(1) Dalloz, 1902, 1.425 Sous Cass.

sans l'intervention de l'État. Mais où donc cette règle est-elle écrite? Et M. le Procureur général Baudouin rappelle que l'essai de M. Graule n'est pas nouveau, il a un précédent célèbre dans l'antiquité, le testament de Théophraste. Théophraste voulait fonder une école de philosophie dans ses jardins; disciple d'Aristote il se souvenait de la façon dont Athènes avait obligé son maître à la fuite, il ne pouvait donc songer à léguer ses jardins à la ville. Il les laissa à dix de ses amis Hipparch, Neleus, Kallinos, Strato, etc., à charge de les consacrer à une école de science et de philosophie et de n'en pouvoir changer le but. Pour que l'œuvre durât plus d'une génération il fallut que Strato se comportant en maître assignât le même objet aux jardins et les transmitt sous les mêmes charges et conditions à Lyko un de ses élèves qui dût à son tour instituer de nouveaux disciples (1).

Par cette dernière décision la jurisprudence semble marquer une tendance à permettre « la fondation directe par voie de création d'un établissement privé susceptible d'avoir un patrimoine et d'être propriétaire, en dehors de toute reconnaissance d'utilité publique » (2). Cette nouvelle tendance de la Cour de cassation est en accord parfait avec les tendances générales du droit français; elle est certainement le résultat de l'influence exercée par la loi de 1901 sur les associations. Toujours associations et fondations se sont prêtées assistance mutuelle. Les progrès

(1) Cf. Geouffre de Lapradelle, *loc. cit.* p. 13, sq.

(2) M. Saleilles, *loc. cit.*, p. 475.

ou les reculs des unes ont fatalement leur répercussion chez les autres. Et de tous temps il en fut ainsi. Au moyen âge les fondations étaient presque toujours faites au profit des associations et des corporations. Plus tard lorsqu'en 1629 on soumit les associations au contrôle de l'autorité royale, celles-ci pour éluder la règle prirent souvent la forme de la fondation et ce fut l'une des raisons pour lesquelles en 1749 on appliqua le même régime de contrôle à la fondation. Or depuis 1901, la personnalité des fondations et leur conception juridique sont sortis de la sphère du droit public. La loi de 1901 a permis de créer des associations qui peuvent être propriétaires en dehors de toute reconnaissance d'utilité publique. « C'est, suivant l'expression de M. Saleilles, la consécration d'une propriété corporative dans le cercle de la propriété privée ». Il est naturel que la fondation institution voisine de l'association suive une évolution parallèle, et bientôt « la propriété des fondations apparaîtra ce qu'est aujourd'hui la propriété des associations, un patrimoine de caractère privé, affecté à un but d'intérêt collectif ». Puisque la propriété privée peut être mise aujourd'hui au service des intérêts d'une corporation, il est tout aussi facile de concevoir la propriété privée au service d'intérêts philosophiques, sociaux, scientifiques sans qu'elle soit pour cela obligée d'entrer dans le domaine public.

Il est, malgré les promesses d'évolution de la jurisprudence civile, un progrès qu'elle n'a pas encore réalisé. Elle s'est montrée réfractaire à valider un legs fait directement à un établissement futur. Elle a affirmé son appré-

ciation dans les affaires que nous avons rappelées, celle de l'académie de Goncourt et celle de l'hospice de Fines-tret. En cela le Conseil d'État a devancé l'autorité judiciaire, car il semble bien aujourd'hui avoir fixé sa jurisprudence dans le sens de l'autorisation accordée à l'œuvre encore inexistante avec effet rétroactif au jour d'ouverture de la succession, ce qui rend admissible le legs fait à l'œuvre future. Le Conseil d'État a d'abord admis que, lorsque l'œuvre existait en fait au jour du décès et qu'il n'y avait pas opposition de la part des héritiers, la reconnaissance légale rétroagissait au jour d'ouverture de la succession. Ainsi le legs devenait valable et son acceptation était autorisée.

Poursuivant son évolution le Conseil d'État reconnut combien il était arbitraire de faire une différence aussi considérable entre l'œuvre dont l'organisme matériel est commencé à réaliser et l'œuvre dont l'organisme est simplement projeté et décrit par le fondateur dans son testament. Ce qui rendait l'évolution plus facile c'est que depuis longtemps il n'était pas exigé pour toutes les fondations qu'elles aient fonctionné quelque temps, il n'était exigé qu'un commencement d'exécution et une dotation suffisante. Aussi le Conseil d'État a-t-il été logique en admettant que sauf opposition des héritiers naturels, l'œuvre simplement projetée dans le testament pourrait obtenir la reconnaissance légale avec effet rétroactif, et que l'acceptation du legs fait à l'œuvre pourrait être autorisée.

Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer souvent sa nouvelle théorie. MM. Lévy-Ullmann et

Grunebaum-Ballin en rapportent deux exemples. L'un datant de 1885 est (1) relatif à un legs fait à un arrondissement en vue de créer un asile de vieillards. L'arrondissement n'étant pas une personne, le Conseil d'État reconnaît l'asile comme établissement d'utilité publique et l'autorise à accepter le legs. L'autre se rattache à l'affaire du testament de Goncourt rapportée plus haut. Edmond de Goncourt est mort en juin 1896. La société de Goncourt a été constituée par acte notarié en date du 6 juillet 1897 ; elle n'a commencé à fonctionner qu'en 1903. Cependant le Conseil d'État (2) l'autorise à accepter une donation datant du jour de sa constitution, en même temps qu'un « legs à elle fait alors qu'elle n'existait ni en fait, ni en droit et était seulement conçue dans la pensée du testateur ».

Ainsi le Conseil d'État admet ce qui l'est depuis longtemps déjà en Allemagne et en Italie, la validité du legs à personne morale future. Comment a-t-il pu écarter l'objection de l'article 906 du Code civil dont le texte a jusqu'à présent arrêté la Cour de cassation ? Le Conseil d'État s'est appuyé notamment sur « une théorie ingénieuse de la conception civile, sur l'extension aux personnes morales du bénéfice accordé par l'article 906 aux enfants non encore nés mais conçus ». Cette théorie jouit d'un grand crédit dans les milieux administratifs. Soutenue depuis longtemps

(1) V. *Notes de jurisprudence*, p. 257. Legs Gobert, 1885.

(2) *Bulletin des lois*, 1903, part. supplém. n° 3.677, p. 899.

elle a été reprise par M. Marguerie (1) et M. Jacquier (2) qui l'applique d'abord aux associations. Pour les personnes morales comme pour les personnes physiques, il y a une période embryonnaire durant laquelle elles existent en fait avant d'apparaître en droit. La concession de la personnalité civile équivaut à la naissance. La création de l'organisme destiné à faire fonctionner l'œuvre, et même l'acte de volonté du testateur correspondent à la conception. Quand il s'agit d'un organisme existant en fait au décès du testateur l'assimilation paraît justifiée. Mais lorsqu'il s'agit d'une œuvre simplement projetée et décrite par le fondateur dans son testament sans réalisation commencée au jour du décès, l'analogie semble plus difficile à admettre. M. Geouffre de Lapradelle (3) adversaire de cette théorie relève contre elle une différence profonde entre l'enfant et la personne morale. C'est que l'enfant ne peut naître que pendant trois cents jours, tandis que la personne morale a trente ans devant elle, pendant lesquels elle laisse les héritiers dans l'incertitude. M. Marguerie et M. Tissier (4) ont répondu à cette objection, que les héritiers ont un moyen fort simple de sortir de l'incertitude : c'est de mettre le gouvernement en mesure de statuer d'office tant sur la reconnaissance légale de l'établissement que sur l'acceptation de la libéralité.

(1) Marguerie. *Etude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus* dans la *Revue critique de législation*, 1878 p. 528.

(2) Jacquier. *Des congrégations religieuses*, p. 251 et suiv.

(3) Geouffre de Lapradelle. *loc. cit.*, p. 106, 107.

(4) Tissier. *Dons et legs aux établissements publics*, p. 170.

« Alors de deux choses, l'une, dit M. Tissier, ou le gouvernement accordera à l'établissement la double autorisation... ou il estimera que l'établissement légataire n'est pas en situation d'être reconnu et il se prononcera à l'égard du legs par la formule suivante : il n'y a pas lieu de statuer sur la libéralité faite à..... ; cet établissement n'ayant pas d'existence ».

MM. Lévy-Ullmann et Grunebaum-Ballin pensent qu'il est beaucoup plus simple de légitimer la libéralité faite à une personne morale future « par une fiction bien plus forte et bien plus féconde en conséquences que celle de la conception civile : celle de personnalité civile elle-même. Tout est factice dans la personnalité civile : et l'autorité publique qui crée artificiellement l'existence juridique peut *a fortiori* fixer le point de départ de cette existence, la date de la naissance de la personne morale ».

Avec M. Saleilles, il nous semble qu'ici encore on peut bannir la fiction et légitimer la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État. Il suffit de rechercher où est l'origine de la capacité. C'est le système exposé en Italie par Giorgi. Si la capacité vient d'une concession de l'État, la théorie classique du droit français a raison et avec elle la Cour de cassation. Si au contraire, ce qui paraît plus vraisemblable, la capacité vient du testateur, le Conseil d'État l'emporte et l'article 906 ne s'applique pas aux personnes morales. En effet la capacité n'est-elle pas une émanation du droit de propriété, n'est-elle pas inhérente à l'individu, n'est-elle pas en lui, ne peut-elle pas n'être communiquée que par lui seul? La propriété est une capacité d'utiliser les

choses du monde extérieur. L'individu capable et propriétaire peut créer de sa propriété une propriété nouvelle adaptée à une destination qu'il crée. Sans doute l'État a le devoir de limiter ce droit, mais quand il en permet l'exercice son autorisation est purement déclarative et non constitutive, elle permet à la capacité de se développer sur le terrain du droit. La propriété et la capacité sortent du patrimoine de l'individu fondateur, l'État qui n'avait aucun droit sur les biens affectés à l'œuvre ne peut en concéder. Et alors cette capacité devrait réagir jusqu'au fait initial créateur du patrimoine de l'œuvre.

SECTION IV

Règles de spécialité et de neutralité

La fondation restant en France matière de droit public, il était tout naturel de lui appliquer deux règles employées par l'administration pour le bon fonctionnement des services qu'elle assure : la règle de la spécialité et le principe de la neutralité. L'État pratique en effet la division du travail : un seul service pour un seul but. C'est une mesure d'ordre et de discipline qui maintient les organes de l'administration dans la limite permise au jeu de leur activité. La conséquence immédiate de la spécialité est la neutralité. Si pour un service public, il n'y a qu'un organisme public, celui-ci ne peut avoir aucun caractère confessionnel. La liberté de conscience exige que les idées

des citoyens ne soient pas froissées dans les établissements d'intérêt général qui leur sont ouverts. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'étudier les détails d'application de ces deux principes pour en juger l'effet en ce qui concerne notre matière des fondations. En effet ces deux principes sont légitimes toutes les fois qu'il s'agit d'un service direct de l'État. Mais lorsqu'il ne s'agit plus que d'un service d'intérêt général dont l'organisation peut émaner d'une initiative privée, leur autorité d'application n'existe plus. Entre les grands services publics, administratifs et politiques, ceux dont l'organisation dépend du gouvernement, ceux dont l'intérêt est général à la nation entière, l'État série les efforts, pour éviter les doubles emplois, il spécialise chacun, et lui impose la neutralité confessionnelle. L'État en effet représente toute la nation, ses services publics sont conçus pour l'usage de tous les citoyens quelles que soient leurs opinions, leurs idées. Les fondations au contraire ne s'adressent qu'à une collectivité déterminée ou éventuelle qui ne saurait comprendre tous les citoyens de la nation. Le but qu'elles se proposent est particulier à une idée, à un principe, à une science, à une commune, à une région, on ne peut pas dire que la fondation représente l'intérêt général. Et alors le principe de neutralité est d'application fausse, la règle de la spécialité également. Les fondations alors même qu'elles auraient un même but, souvent ne sont pas la conséquence de la même idée, du même principe philosophique, religieux, scientifique. Elles ne sont pas les parties d'un même ensemble soumis à l'autorité d'un seul propriétaire et

administrateur. De quel droit l'État qui ne fait que conditionner leur existence et leur capacité, viendrait-il leur appliquer ses principes à lui, en fausser les rouages par ses formes rigides, et les détourner de leur but. Drôle de façon de comprendre la liberté de conscience qu'au nom de son principe imposer à tous la conception philosophique et religieuse de l'État. La neutralité et la spécialité nécessaires au bon fonctionnement des services publics d'intérêt général, lorsqu'elles sont appliquées aux fondations les enferment en un cercle étroit où beaucoup de généreuses initiatives sont étouffées. Elles ne tolèrent pas le droit à la vie de toutes les idées, de toutes les idées qui dans leur application ne menacent pas l'ordre public. Elles sont entre les mains d'un parti politique parvenu au pouvoir une arme terrible contre ses adversaires ; une arme dont il se servira pour empêcher les principes autres que les siens de montrer leur excellence par leurs résultats matériels. Appliquées comme elles le sont en France, les deux règles de spécialité et de neutralité peuvent être un moyen pour le gouvernement, pour un parti de confisquer à son profit les initiatives généreuses et bienfaitantes d'un autre parti, ainsi d'égarer l'opinion populaire.

SECTION V

Insuffisance du système français

Ce rapide coup d'œil jeté sur le droit français nous a permis de voir la jurisprudence du Conseil d'État et celle

de la Cour de cassation, obéissant à l'évolution actuelle des idées, essayer de suppléer à l'indigence de notre Code civil, essayer de construire une théorie originale de la fondation. La jurisprudence a reconnu que la fondation indirecte par voie de libéralité avec charge au profit d'un établissement d'utilité publique, n'était pas une véritable fondation, une création d'œuvre, mais une simple collaboration à un service déjà organisé ou à développer. Elle a voulu favoriser les initiatives individuelles, et ne trouvant dans aucun texte la prohibition de la fondation privée, elle a essayé d'en reconstituer le mécanisme au moyen du legs à personne physique chargée de l'exécution, ou encore au moyen d'une société organisée par le testateur et chargée d'assurer la création, l'administration, la perpétuité de l'œuvre à créer. Le Conseil d'État poussant son évolution plus loin admet aujourd'hui la validité du legs à personne morale future, encore inexistante au jour d'ouverture de la succession.

Tous ces progrès, la jurisprudence française les a accomplis au moyen de distinctions et raisonnements des plus subtils ; en affaiblissant même les principes de notre droit. Le Code civil a voulu ignorer les fondations, la jurisprudence pour respecter l'esprit de la loi ne pouvait qu'ignorer les fondations. Répondant à un désir très vif de nombreux testateurs, cherchant, ce dont nous devons la louer, à mettre notre droit en rapport avec l'évolution de la civilisation, fatalement elle devait se heurter à quelques principes rigides, à quelques articles intransigeants

de notre Code et les blesser légèrement pour vaincre leur résistance.

Les étapes franchies par la Cour de cassation et le Conseil d'État, l'ont été au milieu de difficultés sans nombre, en face d'une opposition fidèle aux seuls principes de notre Code civil, et qui n'a pas encore désarmé ; elles devaient être insuffisantes. La jurisprudence française n'est pas parvenue à reconstituer la fondation privée dans sa véritable forme de création d'un patrimoine autonome, indépendant affecté à un but. Le Conseil d'État, et il était dans son rôle, a voulu favoriser les fondations de droit public : la Cour de cassation a déployé toute son ingéniosité et sa persévérance à reconstituer la fondation de droit privé. Le système de la Cour de cassation a été particulièrement critiqué, nous avons relevé les nombreuses et très fortes objections qui lui ont été faites. Le résultat qu'il a atteint est-il suffisant pour éclipser ces objections ? Évidemment non ; le résultat est insuffisant pour légitimer l'interprétation douteuse sinon erronée donnée aux règles de notre droit. En effet, reprenons l'arrêt rendu relativement à l'affaire de l'hospice de Finestret, où nous trouvons la conception la plus hardie de la Cour de cassation et les indices d'une nouvelle étape qu'elle s'apprête à franchir, et qui consistera « à permettre la fondation directe par voie de création d'un établissement privé ». Il s'agit d'autoriser le testateur à charger ses légataires de former entre eux après sa mort une société civile de longue durée dont il prévoit le recrutement et à laquelle il donne sa

fortune comme fonds social. En reconnaissant le testament valable, la jurisprudence permet au testateur de fonder une œuvre qui se perpétuera au-delà de la vie des légataires, sans avoir pour cela nullement besoin d'obtenir de l'État la reconnaissance d'utilité publique. Nous sommes donc en présence d'une fondation privée. Cependant le procédé est insuffisant parce que toutes les fondations ne peuvent pas pénétrer dans le moule de la société civile. Il est insuffisant parce qu'une société civile ainsi conçue, n'a pas de but lucratif ce qui est anormal, parce que les sociétaires ont une responsabilité illimitée. M. Geouffre de Lapradelle fait remarquer très justement que lorsqu'on fait une œuvre de bienfaisance on n'aime pas constituer en apparence une entreprise lucrative ; on n'aime pas davantage engager sa responsabilité au-delà de ce qu'on a voulu. Sans doute la responsabilité des sociétaires peut être limitée dans les statuts, mais cette clause n'a d'effet qu'autant qu'elle est connue du tiers contractant, et il faudra la mentionner dans chaque contrat. De même la société civile à forme anonyme dont les statuts ont été publiés, limite la responsabilité des associés, mais les administrateurs et les actionnaires de la première émission répondront toujours des vices qu'ils auront laissés s'introduire dans la formation de la société. Et puis la société civile est soumise dans sa formation et pendant son existence à de nombreuses et coûteuses formalités qui entravent sa vie. La loi de 1901 sur les associations n'a apporté aucun changement à cette situation, puisque les associations non déclarées ne peuvent

posséder, et les associations déclarées sont incapables de recevoir par testament.

La Cour de Cassation en persistant dans la voie où elle s'est engagée permettra à quelques fondations privées de se fonder, mais son système ne peut prétendre à constituer le droit français en matière de fondations, il n'est qu'un pis-aller, qu'un moyen transitoire de remédier à l'insuffisance du Code Civil français. Nous devons en outre considérer ce système comme parvenu au terme de son évolution. La jurisprudence ne pourra plus désormais franchir de nouvelles étapes, la loi ne permettant pas de donner la capacité juridique à un patrimoine. La capacité juridique ne peut en effet être reconnue qu'à une personne physique ou à une personne morale.

La jurisprudence française, malgré une grande bonne volonté ne peut réformer la loi, elle ne peut que l'interpréter, ce faisant elle est incapable à mettre les institutions juridiques en complet accord avec les progrès de la civilisation, avec l'évolution des idées. Elle peut seulement indiquer par ses tendances la voie des réformes et l'orientation des lois nouvelles. Emprisonnée dans les limites des dispositions légales, elle ne peut après les avoir interprétées et en avoir constaté l'insuffisance, qu'être comme le baromètre des lois qui en indique l'utilité et le sens d'une nouvelle orientation.

CHAPITRE TROISIÈME

Réformes principales à réaliser en droit Français

SECTION I

Généralités-orientation

Nous avons vu le système français en matière de fondations. Nous avons vu comment la jurisprudence soucieuse de répondre aux désirs légitimes des testateurs avait modifié les principes du Code Civil. En terminant le chapitre précédent nous constatons que l'évolution faite par la jurisprudence était insuffisante et il nous semblait impossible qu'elle pût réaliser de nouveaux progrès. La jurisprudence en effet doit rester dans son rôle d'interprète et ne pas empiéter sur le droit du législateur de réformer la loi.

La jurisprudence pourrait-elle pousser plus loin son évolution que nous ne devrions pas le souhaiter. Il s'agit d'autoriser la fondation de droit privé, alors que la loi n'a prévu les fondations d'aucune sorte, et que celles qui ont

pu se réaliser n'ont pu le faire qu'en empruntant la forme publique et le droit commun des donations et des legs avec charges.

Le Code Civil n'a pas fait mention de la fondation privée, parce que l'époque de sa rédaction était encore trop voisine de l'époque où les abus, les inconvénients des fondations multipliés à l'excès avaient frappé tous les esprits et soulevé de terribles colères contre elles. Ces abus, ces excès de la fondation étaient le résultat d'une législation imprévoyante qui n'avait pas su les arrêter dès leur éclosion et les avait laissés se développer trop librement. Si donc aujourd'hui que les passions sont à peine calmées, nous laissons la jurisprudence réformer notre droit et réaliser « la fondation privée sous une forme empirique et purement inorganique, sans aucun contrôle supérieur qui en écarte les dangers, de telle sorte que le droit français, suivant l'expression de M. Saleilles, en s'orientant dans cette voie, en dehors de toute réglementation législative, s'apprête à donner ouverture à tous les inconvénients signalés par les adversaires de la fondation privée ; » de nouveaux abus auraient vite détourné l'institution de son but, et pour n'avoir pas voulu employer la bonne méthode nous aurions compromis pour longtemps le succès d'une réforme utile au progrès social.

Si réellement nous estimons que les tendances de la jurisprudence répondent à un besoin de l'époque, il ne faut pas la laisser réaliser la réforme toute seule. En même temps que le procédé de fondation privée, il faut constituer « les rouages supérieurs qui en régularisent le fonc-

tionnement et en écartent les dangers », Une réforme semblable ne peut être faite que par la loi.

Cette réforme que nous demandons à la loi de réaliser, comment le lui demandons-nous, quelle système souhaitons-nous lui voir adopter ? Nous contenterons-nous d'une consécration des progrès de la jurisprudence, ou bien désirons-nous emprunter aux législations étrangères la forme spéciale qu'elles ont accordée à la fondation ?

La consécration des progrès de la jurisprudence serait insuffisante à notre avis pour organiser le procédé de fondation directe. La loi ne pourrait consacrer que la conception nouvelle de la fondation indirecte par voie de libéralité avec charge au profit d'une œuvre préexistante : ce qui n'est pas à proprement parler une variété de fondation, mais une variété de legs ou de donation et nous n'avons pas à nous en occuper ici.

Pour réaliser la fondation directe avec les nouveaux moyens élaborés par la jurisprudence et consacrer légalement ces moyens, il faudrait spécialement pour la matière des fondations atténuer ou abolir certains principes du Code civil, tout en les conservant pour le droit commun des successions. A quoi bon dès lors vouloir faire une loi d'un ensemble de distinctions et de subtilités, au lieu de créer une institution originale spécialement conçue et réalisée en vue des fondations. Il faudrait d'ailleurs compléter ces réformes en organisant le contrôle et la surveillance de l'État.

Beaucoup cependant préféreront la consécration des évolutions de la jurisprudence, « admettant qu'on peut,

sans instituer de légataire proprement dit, charger un simple exécuteur testamentaire de réaliser la fondation et d'obtenir pour elle la personnalité civile, avec rétroactivité de cette attribution de personnalité au jour d'ouverture de la succession ». Ils auront ainsi réalisé un progrès sur le système du Code civil, mais ils n'auront pas réalisé tout le progrès désirable. Ils auront conservé la vieille fiction de la personnalité qui les gênera à chaque nouvelle évolution qu'ils voudront réaliser. Ils devront, s'ils veulent favoriser la fondation, lui éviter les difficultés qui lui viennent de notre conception de la société civile et de l'association, et pour cela il leur faudra créer un nouveau type d'association qui sera le soutien de la personnalité morale de la fondation. Ainsi, au lieu de réaliser deux institutions parallèles et indépendantes, l'association et la fondation, ils les auront encore une fois confondues ; ce qui ne peut être que nuisible à l'existence de l'une et de l'autre.

Le système anglais, ou système de la reconnaissance légale par catégories fixées d'avance ne nous paraît pas non plus devoir inspirer la loi de notre réforme. Il serait à peu près impossible d'accepter les résultats complets de ce système : le seul emprunt qui pourrait lui être fait est celui de son principe d'autorisation par avance d'après l'objet nettement précisé de la fondation. Comment en effet pourrions-nous définir la fondation charitable et la distinguer de toute autre fondation de telle sorte que la porte ne soit ouverte que pour elle. En France, nous sommes encore si près des tourmentes révolutionnaires,

des changements de régimes que la politique a pénétré partout, elle surveille et contrôle de près les fondations scolaires et les fondations religieuses; avec le système anglais, ces fondations seraient autorisées de plein droit. Faire une exception pour elles, ce ne serait qu'une mesure de transition; « car il est dans la logique des choses, remarque M. Saleilles, que ces régimes d'exception tendent toujours à étendre et à élargir les exceptions elles-mêmes jusqu'à ce qu'elles débordent la règle et la remplacent définitivement... l'aboutissant final, presque forcé, c'est que le critérium de l'objet disparaît insensiblement, pour être remplacé par celui des formes et conditions légales. Toutes les fondations parviennent à la reconnaissance légale, sous certaines conditions juridiques à remplir, dont la plus ordinaire est d'être approuvée et autorisée ». Et alors à quoi nous aurait servi le système anglais, uniquement de transition avec le système allemand. Dans ces conditions, voyant par avance où nous aboutirions, n'est-il pas préférable de brûler les étapes et d'aller directement au but, pour y trouver la conception nouvelle et hardie mais logique en toutes ses parties de la fondation directe par voie de création d'un patrimoine indépendant et autonome.

Nos préférences comme système vont à la conception allemande et à la conception suisse, et par la combinaison de ces deux conceptions il nous paraît possible de réaliser une théorie juridique de la fondation qui se rapproche de l'idéal que nous nous en sommes formé.

Nous avons exposé les systèmes allemand et suisse

dans le premier chapitre de cette étude, nous ne reprenons pas cet exposé et nous nous contenterons de montrer ici la conception que nous nous sommes fait de la fondation, et le fonctionnement de l'institution.

Nous partirons du même principe que le droit allemand. Un propriétaire peut librement disposer de ses biens au profit d'un individu, il doit pouvoir en disposer également au profit d'une œuvre d'intérêt collectif ou d'utilité générale. Aucun obstacle en droit pur ne s'oppose à ce qu'il fasse sortir de son patrimoine particulier, une petite masse de biens qu'il érige en patrimoine indépendant et qu'il affecte au service d'un but idéal. Seulement, dans ce dernier cas, le propriétaire a créé une œuvre destinée à durer plus longtemps que la vie d'un homme, il a visé à atteindre la perpétuité; cette œuvre est mise au service d'un intérêt collectif ou général, dans ces conditions, il faut ménager une certaine publicité à une affectation qui comporte une telle durée, et ménager à l'État un droit de contrôle en raison du but poursuivi. Les difficultés sont rencontrées surtout dans le domaine économique : elles sont la conséquence de l'immobilisation patrimoniale inhérente à toute affectation perpétuelle. Elles demandent à ce qu'un contrôle efficace soit exercé au début de chaque fondation afin d'écarter celles qui seraient inopportunes. Elles demandent en outre une surveillance pendant l'existence de la fondation, exercée sur la permanence d'utilité du but poursuivi, afin qu'aux cas d'inutilité ou d'impossibilité, ce but puisse être transformé suivant l'intention du fondateur ou supprimé.

C'est pourquoi notre projet de réformes après avoir admis et posé le principe de la fondation directe de droit privé, devra-t-il se préoccuper de l'acte de fondation et de l'intervention de l'État.

SECTION II

Formes de la fondation

Nous avons vu que le droit pour un propriétaire d'affecter ses biens en totalité ou en partie à un service d'intérêt collectif ou général ne semblait pas pouvoir lui être contesté en droit pur : qu'il était seulement nécessaire par certaines mesures de se prémunir contre les conséquences économiques d'une semblable volonté. Une loi ayant pour objet les fondations, devrait donc prévoir à la fois la fondation de droit public telle qu'elle existe aujourd'hui, elle devrait codifier les résultats de la jurisprudence actuelle, mais elle devrait en même temps consacrer la fondation de droit privé. Tout fondateur aurait le choix entre créer une œuvre destinée à obtenir la reconnaissance d'utilité publique, ou créer une œuvre autonome et indépendante ne sollicitant de l'État que la reconnaissance de sa capacité. Toutes les initiatives seraient ainsi favorisées également chaque fois qu'elles n'intéresseraient ni l'ordre public, ni l'ordre politique. La loi pourrait, afin de favoriser les fondations ayant obtenu la reconnaissance d'utilité publique, les autoriser seules à recevoir des

subventions ordinaires et extraordinaires des pouvoirs publics. L'État pourrait encore ainsi marquer sa préférence pour la fondation de droit public. Le fondateur pour atteindre son but dispose de deux moyens, la libéralité entre vifs et la libéralité testamentaire. La libéralité entre vifs est moins favorable aux fondateurs en ce qu'elle exige un dépouillement immédiat souvent impossible au moins lorsque l'affectation absorbe le patrimoine tout entier. Par contre, la libéralité entre vifs offre ce grand avantage de permettre au fondateur en cas de refus d'autorisation ou d'impossibilité du but de modifier lui-même son œuvre. Ici notre loi nouvelle pourrait déjà réaliser une heureuse réforme : ce serait de permettre au fondateur de créer son œuvre par voie de donation, d'en poursuivre l'autorisation, la rendre ainsi irrévocable tout en ne se dépouillant pas immédiatement de la masse de biens qu'il veut lui affecter et retardant le commencement d'exécution au jour de son décès. Ce serait créer une exception à la règle « donner et retenir ne vaut ». De cette façon, le fondateur qui ne peut ou ne veut se dépouiller de son vivant pourrait cependant créer son œuvre, la discuter avec l'autorité de surveillance, la modifier au besoin. La forme de l'œuvre, et l'affectation de biens devenant irrévocables aussitôt l'autorisation obtenue, le fonctionnement ne commencerait qu'au jour où les biens affectés deviendraient disponibles, c'est-à-dire au jour du décès du fondateur. En permettant cette exception aux principes des donations, notre loi nouvelle obtiendrait un résultat semblable à celui que le droit allemand obtient,

en la matière qui nous occupe, avec le contrat d'hérédité. M. Planiol cherchant à éviter le même inconvénient des fondations par testament « qui imposent souvent des conditions gênantes, inutiles ou regrettables qu'on ne peut faire disparaître » (1), croit qu'il y aurait « avantage à exiger que celui qui désire faire une fondation par testament soit obligé de s'entendre de son vivant avec l'administration compétente ». Le désavantage de la proposition de M. Planiol est de mettre l'administration en présence d'une proposition et d'une affectation vagues et incertaines et qui resteront telles jusqu'au jour de la mort du fondateur. Tandis que avec notre système, l'autorisation demandée par le fondateur et accordée par l'administration rendrait la fondation et son affectation irrévocables, elle les fixerait dans leur qualité et quantité définitives. Le défaut de notre système est de frapper les biens affectés à la fondation d'inaliénabilité entre les mains du fondateur et de nécessiter des mesures de publicité. Les droits des tiers-contractants ont besoin d'être protégés et si notre loi admettait ce système, elle devrait exiger qu'une inscription fut prise aussitôt l'autorisation accordée, portant sur tous les biens composant l'affectation, et que la donation fût transcrite au bureau des hypothèques de l'arrondissement. Que la nouvelle loi incline vers la solution de M. Planiol ou vers celle que nous venons d'exposer, son objectif devra être d'obvier à la fois aux inconvénients de

(1) M. Planiol. *Traité élémentaire du Droit civil*, 27 id. t. III. p. 973 n° 4, Paris, 1903.

la fondation par acte entre vifs et à ceux de la fondation testamentaire.

SECTION III

Contenu de l'acte de fondation. — Affectation. — Disposition

Après avoir précisé les formes que devrait employer toute fondation, et avoir adapté la théorie française des donations et des legs à l'institution nouvelle, la loi devrait définir et préciser le contenu nécessaire de tout acte de fondation.

Il faudrait d'abord insister sur le but que le fondateur s'est proposé d'atteindre, et exiger de lui qu'il en donne une claire définition, afin de faciliter la tâche incombant à l'autorité de surveillance organisée par la loi. Le fondateur devrait indiquer les motifs qui l'ont fait agir, les doctrines philosophiques, religieuses, scientifiques auxquelles sa volonté a obéi. Il devrait ensuite déterminer de façon aussi précise que possible la catégorie de bénéficiaires qu'il a entendu gratifier. Enfin, il devrait prévoir le cas où le but poursuivi est devenu inutile ou impossible, et préciser quelles transformations il entend autoriser, dans quels cas il entend que les biens affectés à la réalisation de l'œuvre fassent retour à ses héritiers naturels. La loi conserverait ainsi à la fondation toute sa souplesse et ne permettrait pas une fausse interprétation de la volonté du fondateur.

Le but de l'œuvre indiqué, le fondateur devrait dans l'acte de fondation créer l'organisme destiné au fonctionnement juridique. Il devrait fixer le statut de la fondation, le rôle de l'administration qu'il entend lui donner, le mode de nomination des administrateurs, il pourrait même constituer nommément le premier Conseil d'administration.

L'acte de fondation devrait enfin contenir une troisième partie; l'affectation patrimoniale. En effet il n'y a pas de fondation sans patrimoine. L'affectation avec les théories nouvelles fait partie de l'acte de fondation. Autrefois, alors que les notions d'établissement et de fondation étaient confondues, il fallait une personne physique ou morale sujet de droit, l'affectation était faite au profit de l'organisme matériel personne morale, l'idée d'organisme préexistait à l'idée de patrimoine. Aujourd'hui la conception est unitaire, la capacité ne se présente plus comme l'attribut d'une personne fictive, distincte du patrimoine, elle est attribuée au patrimoine par entité juridique et non plus à l'organisme : l'idée de patrimoine préexiste à l'idée d'organisme. Dès lors l'acte de fondation consiste avant tout en une affectation de patrimoine à un but déterminé, et s'il ne contient pas cette affectation il est inexistant.

Or nous avons vu qu'une autre conséquence de la suppression de toute personne morale et fictive est de faire que la création de l'affectation équivaut à la création du patrimoine doué de capacité juridique. Qui donc peut transmettre sa capacité au patrimoine sinon celui qui en est investi, c'est-à-dire le propriétaire, c'est-à-dire le fon-

dateur? L'État, lorsqu'il interviendra pour accorder la reconnaissance d'utilité publique ou la simple autorisation, ne fera que consacrer une capacité préexistante qu'il ne fait que conditionner et subordonner à son *imperium*.

L'acte de fondation devrait donc dans une loi nouvelle, contenir nécessairement l'affectation du patrimoine.

L'acte de fondation est un acte unilatéral contenant une affectation. Va-t-il suffire au transfert des biens affectés et devenir ainsi un mode de disposition à titre universel? La question ne se pose pas en matière de fondation testamentaire, toute difficulté est écartée, car l'affectation se confond avec un mode de disposition admis par le droit commun, une disposition à cause de mort sous forme d'institution d'héritier ou de legs. La loi n'aurait donc pas à prévoir ce cas. Mais il n'en est plus de même lorsque la fondation est réalisée par acte entre vifs, spécialement lorsque la libéralité entre vifs affecte la forme, que nous avons exposée plus haut, de donation devenue irrévocable par l'obtention de l'autorisation mais ne comportant le dépouillement du fondateur qu'au jour de son décès. Faut-il dans ce cas, comme l'a fait le Code civil allemand, conserver le droit commun et admettre que le fondateur serait tenu de procéder aux différents modes de transmission exigés par la nature des biens? Nous ne le pensons pas. Il est inutile de rendre au fondateur sa tâche plus difficile en l'obligeant à de nombreuses formalités et nous croyons que la loi devrait en général consacrer la fondation comme mode de disposition à titre universel. La transmission des biens inhérente à l'acte de fondation devrait comme cet acte lui-

même être affecté d'une condition suspensive qui serait l'autorisation par l'État, ou la reconnaissance d'utilité publique. La publicité exigée de l'acte de fondation dès qu'il est devenu irrévocable serait une garantie suffisante pour les tiers. La transmission dans l'hypothèse spéciale que nous avons exposée serait affectée d'un terme dont la réalisation serait la mort du donateur.

Enfin la loi devrait permettre au fondateur de créer en dehors de l'administration de l'œuvre une autorité de surveillance qui pourrait être soit un exécuteur testamentaire, soit le groupe des héritiers naturels du fondateur, soit une association quelconque. L'État ou plutôt ses représentants seraient obligés de demander l'avis de cette autorité de surveillance créée par le fondateur au cas de transformation de but. En cas de désaccord entre les représentants ordinaires de l'État et l'autorité de surveillance ainsi constituée, la loi pourrait confier à une administration supérieure qu'elle désignerait le soin de les départager. Nous étudierons le jeu de ces autorités de contrôle en même temps que le droit d'intervention de l'État. Nous avons voulu indiquer ici cette idée afin de prévoir le cas où le fondateur voudrait prendre certaines garanties d'avenir dans l'acte de fondation.

SECTION IV

Autorisation

Nous ne nous occuperons plus que de la fondation privée pour tout ce qui concerne l'autorisation, le con-

trôle, la surveillance, la transformation et la suppression. La fondation de droit public, celle qui a obtenu ou se propose d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique est prévue et réglementée par la législation actuelle et rien ne nous paraît devoir être modifié en ce qui concerne l'intervention de l'Administration. Elle reste chargée d'un intérêt général, elle sollicite de l'État une reconnaissance spéciale qui lui procure un plus grand crédit devant l'opinion, et même des ressources publiques, ayant seule droit aux subventions de l'État, des départements et des communes dans le système que nous préconisons.

De ce que la fondation privée ne sera pas soumise au contrôle permanent de l'État, il ne s'ensuit pas que celui-ci ne doive pas intervenir au moment de sa création. La loi devra réserver à l'État un pouvoir de contrôle sur le but poursuivi par la fondation et la valeur des moyens disponibles. Le fondateur a créé un patrimoine indépendant, doué de capacité juridique, mais l'État conditionne cette capacité : S'il la juge nuisible ou inutile, il a le droit de l'interdire et de la prohiber. Il faudra donc que l'État autorise la fondation. Nous nous rallions en ceci au système Allemand et nous écartons le système Suisse. Il nous semble préférable d'exiger l'intervention de l'État dès le début, non pas seulement d'organiser une autorité de surveillance. Si en effet la fondation n'était pas subordonnée à une autorisation dès le premier jour de son existence, l'État ne pourrait en apprécier le but et la valeur patrimoniale qu'après l'organisation. Supposons que le but soit inutile, impossible, et ne puisse être trans-

formé, ou encore que la valeur et la quantité des biens mis à sa disposition soit insuffisante pour en assurer le fonctionnement régulier, l'État sera obligé de supprimer l'œuvre, de l'interdire après coup. Il causera ainsi une perturbation dans la fortune ou dans la succession du fondateur suivant que celui-ci aura créé l'œuvre par voie de libéralité entre vifs ou à cause de mort; et il pourra en outre des complications inhérentes à toute transmission de propriété causer une dépréciation de valeur des biens affectés.

Si au contraire comme nous le demandons, l'autorisation de l'État conditionne l'existence et la capacité de la fondation ces troubles dans la propriété ne sont plus à redouter. Que la fondation ait pour origine une donation ou un testament dans tous les cas le fondateur aura dû s'entendre avec l'autorité compétente avant de réaliser son œuvre et de la faire fonctionner.

L'autorisation de l'État ne saurait avoir d'effet rétroactif en matière de libéralité entre vifs, et le fondateur devrait pouvoir révoquer sa donation jusqu'au jour où elle serait accordée. Il en devrait être de même au cas où la donation ne comporterait pas un dépouillement immédiat, l'autorisation ne devrait avoir d'effet qu'à sa date puisque là encore ce serait elle qui rendrait la fondation irrévocable.

Mais en cas de fondation testamentaire, même si la loi consacrait la théorie de M. Planiol et exigeait du fondateur qu'il s'entendit au préalable avec l'autorité compétente, la transmission des biens affectés n'ayant lieu qu'au jour

d'ouverture de la succession du testateur, l'autorisation ne pourrait être accordée qu'après le décès de celui-ci. Il serait alors prudent de lui accorder un effet rétroactif au jour d'ouverture de la succession, afin d'éviter toutes les difficultés inhérentes à l'application des principes du Code Civil.

En cas de libéralité entre vifs ce serait au fondateur qu'incomberait le soin de demander l'autorisation pour l'œuvre qu'il veut créer. En cas de fondation testamentaire, le testateur devrait pouvoir charger un héritier, un exécuteur testamentaire, ou même le premier Conseil d'administration nommé par lui ou suivant le statut fixé par lui, de remplir les formalités nécessaires et de demander l'autorisation.

Quelle serait l'autorité compétente chargée par l'État d'accorder ou de refuser cette autorisation? Serait-ce l'autorité administrative ou l'autorité judiciaire? La loi devrait-elle fixer l'autorité compétente ou en laisser le choix au fondateur?

Nous ne voyons pas pourquoi l'État se montrerait plus défiant à l'égard de l'une ou de l'autre des autorités administrative et judiciaire, et pourquoi la loi refuserait au fondateur la faculté de choisir lui-même celle des deux autorités qui lui est plus sympathique. La loi pourrait sans compromettre l'ordre public autoriser le fondateur à choisir lui-même entre les deux autorités compétentes qui seraient le Conseil de préfecture ou le tribunal de l'arrondissement du lieu où la fondation devrait avoir son siège social. Cependant la loi pourrait établir une distinction, et exiger

pour les fondations ayant un but d'intérêt général à toute la nation, ou d'intérêt commun à toute une région c'est-à-dire à plusieurs départements que l'autorisation soit accordée par le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation.

Quel serait le rôle de l'autorité compétente et sur quels motifs devrait-elle fonder son appréciation? Ce point devrait nécessairement être déterminé par la loi. Le rôle de l'autorité serait d'examiner le but de la fondation et de vérifier si le patrimoine immobilisé correspond à ce but. L'autorité devrait apprécier l'utilité sociale de la fondation, elle ne devrait toutefois refuser l'autorisation que dans des cas déterminés. Ainsi lorsque le but est notoirement impossible à atteindre, lorsqu'il ne possède pas un intérêt permanent, lorsqu'il est inutile ou lorsqu'il est nuisible et contraire à l'ordre public l'autorisation devrait être refusée. L'autorité devrait en outre apprécier la valeur du patrimoine affecté et refuser l'autorisation au cas où il serait hors de proportion avec le but poursuivi soit qu'il soit insuffisant, soit qu'il soit beaucoup trop considérable. La loi nouvelle exigeant au cas de fondation testamentaire une entente préalable entre le fondateur et l'autorité compétente, il n'y aurait pas lieu de prévoir le cas de modifications légères à apporter à l'œuvre pour en permettre le fonctionnement.

SECTION V

Autorité de contrôle et de surveillance

Au cours de l'existence de la fondation le but peut devenir inutile ou impossible et les biens se trouver ainsi immobilisés sans aucun profit social; ou bien l'administration par calcul ou négligence peut avoir voulu changer le caractère de l'œuvre et la détourner du but fixé par le fondateur.

Nous avons demandé que la loi autorise celui-ci à créer dans l'acte de fondation un organisme de contrôle dont le rôle serait de veiller au bon fonctionnement et au maintien de l'œuvre. Mais cet organisme de contrôle ne peut agir seul, l'État a le droit et le devoir d'organiser son contrôle et sa surveillance à côté. Il a le droit de maintenir la fondation dans la forme où il l'a autorisée tant que son but demeure utile et possible : il a le droit de veiller à ce que la masse de biens affectés produise tout l'effet social qu'il est juste d'attendre d'elle. La loi devrait donc organiser le contrôle de l'État, et au cas où le fondateur aurait organisé lui-même une surveillance, réglementer le jeu parallèle de ces deux autorités publique et privée, à côté de l'administration de l'œuvre.

Il ne saurait plus ici être question de laisser le fondateur choisir entre les autorités, la loi devrait prévoir un organisme fixe, le même pour tous, qui serait l'autorité administrative dont les fonctions habituelles sont mul-

tiples et se prêteraient avec plus de souplesse à ce rôle de surveillance. Le préfet du département où l'œuvre aurait son siège social devrait exercer ce contrôle et cette surveillance. Son rôle consisterait à surveiller le fonctionnement de la fondation, l'exécution de la volonté du fondateur, les variations d'utilité du but, l'emploi des biens affectés. Il devrait pouvoir vérifier les changements survenus dans la direction et l'administration, et les livres de comptes. Chaque année un inventaire détaillé des opérations devrait lui être remis avec l'indication de l'emploi des fonds. Le préfet devrait chaque année se faire remettre par l'autorité de surveillance privée, s'il en existait une, un rapport sur la marche de l'œuvre et s'entendre avec elle sur les modifications à apporter à la fondation. Le préfet et l'autorité de surveillance privée pourraient d'un commun accord décider la modification des rouages peu importants en s'inspirant naturellement des indications fournies par le fondateur dans l'acte de fondation. Contre leur décision un recours devrait être accordé à la Direction devant l'autorité compétente administrative ou judiciaire qui aurait autorisé la fondation à se créer.

Quant aux modifications plus importantes comportant une transformation partielle des statuts ou du but, le préfet et le Conseil de surveillance privée, devraient pour les obtenir s'adresser à l'autorité judiciaire ou administrative qui a donné l'autorisation nécessaire au début.

SECTION VI

Transformation — Suppression

Lorsque le but d'une fondation ne se trouve plus avoir la même utilité qu'au début, ou même, lorsqu'il est devenu d'une réalisation impossible, le fondateur est presque toujours mort depuis longtemps. Plutôt que d'interdire l'œuvre et de la supprimer il est certainement plus conforme à la volonté du fondateur de transformer le but de l'œuvre ou un article de ses statuts, comme il l'aurait fait lui-même s'il avait vécu jusque-là. C'est une opération très délicate, il s'agit de présumer quelle serait la volonté du fondateur en présence de l'évolution de la civilisation et des idées, il serait donc facile d'en abuser et de détourner l'œuvre de sa véritable destination. C'est pourquoi nous demandons à ce qu'obligatoirement le fondateur indique clairement le but qu'il entend poursuivre, les motifs philosophiques, religieux, scientifiques qui l'ont déterminé, la catégorie des bénéficiaires. C'est pourquoi également il nous semble nécessaire que la loi prenne de nombreuses garanties, exige que la transformation soit opérée par la même autorité qui aura accordé l'autorisation.

L'autorité compétente saisie régulièrement par le préfet ou le conseil de surveillance privée ou par les deux à la fois, après avoir apprécié les changements de faits et de circonstances survenus depuis l'autorisation, se confor-

mant aux indications données par le fondateur pourrait transformer le but, ou modifier les statuts en ce qu'ils sont devenus une source de difficultés. Ainsi elle donnerait à l'œuvre un regain de vie et empêcherait l'immobilisation inutile du patrimoine d'affectation.

Il est des cas où la transformation de but ou de statuts est impossible. C'est lorsque le fondateur a interdit toute transformation, ou bien lorsque le but étant devenu tout à fait impossible à poursuivre, il devient un danger social ou va à l'encontre de l'ordre public. Dans ces cas la même autorité qui aurait pu opérer la transformation, devrait pouvoir supprimer complètement la fondation. La procédure à suivre et la compétence seraient les mêmes qu'au cas de transformation.

Mais alors que deviendront les biens affectés au but de l'œuvre ? Il faudrait en organiser le retour aux héritiers naturels du fondateur ; et pour cela consacrer le système allemand. C'est-à-dire que l'autorité qui ordonne la suppression devrait charger la direction de liquider la succession, ou nommer un liquidateur spécial. Les héritiers recueilleraient le reliquat d'actif. Supposons que la descendance du fondateur soit éteinte et qu'il n'ait plus d'héritiers naturels : la loi devrait alors autoriser l'affectation à une œuvre similaire, s'adressant à la même catégorie de bénéficiaires. Si le fondateur avait désigné un autre héritier que les héritiers naturels, sa volonté devrait naturellement être respectée.

Ainsi se trouveraient possibles les fondations privées. Toutes les garanties nécessaires seraient prises contre leur

développement anormal, et nous pourrions espérer bénéficier de leurs avantages sans crainte de voir apparaître les abus d'autrefois. Il serait nécessaire de préciser les détails d'application, nous n'avons voulu montrer que le fonctionnement général de l'institution nouvelle.

CHAPITRE QUATRIÈME

Utilité. — Rôle social de la fondation privée

La fondation et surtout la fondation privée a été l'objet de trop nombreuses critiques depuis un siècle et demi, pour qu'il ne soit pas nécessaire en terminant cette étude d'en montrer l'utilité et le rôle social.

Le premier réquisitoire contre la fondation comme aussi le plus complet est l'œuvre de Turgot, dans l'*Encyclopédie* (1). Dans un discours prononcé à l'Assemblée Constituante, Thouret reproduisit les idées de Turgot comme d'ailleurs l'abbé Maury le lui fit observer malicieusement. Au cours du siècle dernier les critiques se sont précisées et enrichies de certains faits trouvés dans l'histoire des fondations anglaises. Cependant l'opinion ne fut pas unanime. En face des auteurs qui relevaient les inconvénients des fondations, d'autres auteurs en exposaient les nombreux avantages. Plusieurs économistes leur sont favorables et en attendent beaucoup, particulièrement E. de Lavelye, Léon Say, Hubert-Valleroux. En Belgique, en Italie, en Angleterre, aux États-Unis, les fondations sont très nombreuses; en Allemagne le Code civil les a autorisées et en a construit une théorie remarquable, et la Suisse semble devoir la

(1) *Encyclopédie*, V^o Fondations.

suivre. En France même, malgré le silence du Code civil, nous avons vu la jurisprudence s'ingénier et parvenir à permettre l'existence d'un certain nombre de fondations.

Avant la Révolution, la matière des fondations avait été insuffisamment réglementée et de nombreux abus s'étaient produits. Les biens de main-morte étaient considérables et entravaient la circulation de la richesse. L'esprit nouveau se précipita aux extrêmes, en cela comme d'ailleurs en presque tout, il ne chercha pas à supprimer les inconvénients et conserver les avantages, il changea tout, ce fut la Révolution, alors qu'une évolution aurait été sans doute plus profitable. La société trop organisée de l'ancien régime fut transformée en une société inorganique. En face de l'État, afin de soi-disant favoriser le libre jeu des initiatives individuelles, il ne se trouva plus qu'une « poussière d'individus ».

Au cours du ^{xix}^e siècle les différents régimes politiques qui se succédèrent rapidement, voulurent prendre à leur charge tous les services d'intérêt collectif en général, le plus souvent pour s'en faire un instrument de domination. En face d'un État puissant, d'un pouvoir centralisé à l'excès, il ne resta plus qu'une masse d'individus isolés, incapables de s'associer entre eux, d'organiser une œuvre sociale stable et durable. Aujourd'hui une évolution s'est faite dans les idées, la loi a reconnu le droit d'association, la jurisprudence dans un mouvement parallèle consacre le droit de fondation. Mais en face de cette dernière évolution, certaines tendances se font jour qui voudraient ramener les fondations testamentaires à la forme unique du

legs avec charges à personne morale administrative (1).

Quels sont donc les reproches adressés à la fondation privée ? Quelle est leur valeur ?

Turgot (2) relève six chefs d'accusation contre les fondations. La fondation à son sens est l'immobilisation d'un bien en vue d'un intérêt divin, pieux ou public, souvent pour satisfaire seulement la vanité du fondateur. Il peut arriver que le fondateur lui-même se trompe sur la portée sociale de son œuvre, et qu'en voulant faire le bien il ne fasse que le mal. Parfois en effet le remède opposé à l'effet augmente la cause : ainsi qui croit combattre le libertinage et la pauvreté les encourage. Le fondateur en créant son œuvre lui assure des revenus lui permettant de fonctionner mais il ne peut lui léguer son zèle : en sorte qu'une fondation fonctionnant convenablement du vivant du fondateur, ne donne plus que des résultats insuffisants après sa mort. Les administrateurs peuvent même assez rapidement détourner la fondation de son vrai but. De plus, si les revenus affectés au fonctionnement sont en argent et rentes, ils peuvent rapidement diminuer de valeur, suivant toutes les fluctuations économiques.

Le fondateur peut assigner à son œuvre un but qui soit d'une réelle utilité au moment de la création, parce qu'il connaît les besoins de son époque. Mais il ne saurait prévoir toutes les évolutions de la civilisation et fixer le but correspondant aux besoins d'une époque qu'il ne peut

(1) Cf. Geouffre de Lapradelle *loc. cit.*, Lévy Ullmann et Grunebaun Ballin, *loc. cit.*, p. 266 et suiv. et p. 271 et sq.

(2) *Encyclopédie*, V^o Fondation.

connaître. Comme le fondateur prend presque toujours des précautions afin d'empêcher qu'on ne détourne son œuvre de son but, il est impossible à un nouveau fondateur qui veut atteindre sensiblement le même but que le premier de léguer ses biens à l'œuvre de celui-ci. Il préfère créer quelque chose de nouveau qui lui donne des garanties, d'où augmentation considérable et inutile des biens immobilisés.

Souvent aussi, soit que le fondateur ait affecté un patrimoine trop considérable pour l'œuvre, soit que le but ait diminué d'utilité et de besoins, soit que les administrateurs en soient responsables, souvent donc la fondation déploie un luxe exagéré, ce qui est une immobilisation inutile et nuisible.

Puis, exposant la doctrine libérale, Turgot ajoute : les intérêts publics généraux ne peuvent être satisfaits par les fondations qui habituent à mendier, laissez faire, augmentez l'intérêt, la nation se surpassera ; les intérêts publics particuliers, par exemple une épidémie n'ont pas besoin des fondations, faites des souscriptions d'actualité qui pourront être surveillées par les souscripteurs et ne pourront détournées de leur but. Point n'est besoin de créer des collèges, il suffit de créer des prix pour récompenser les résultats obtenus.

Enfin, dit Turgot, les morts n'ont pas le droit de nous imposer à jamais une volonté inflexible et rigide.

Les objections de fait dont Turgot, trouvait de nombreux exemples à son époque, sont résolues aujourd'hui par les nouvelles théories sur la fondation, on a obvié aux incon-

vénients. En reconnaissant à l'État un droit de contrôle au moment de la création et pendant toute l'existence de la fondation, en lui reconnaissant le droit de transformer ou de supprimer suivant la volonté exprimée par le fondateur, on supprime les dangers rapportés par Turgot. Il n'y a plus à craindre que le zèle des administrateurs se ralentisse, puisque l'État peut les mettre en demeure de réaliser le but de la fondation. Il n'y a plus à craindre que le but devienne inutile, impossible, puisque le droit de transformation ou de suppression existe.

Enfin, un fondateur ne peut affecter un patrimoine trop considérable puisque l'autorisation de l'État est exigée au début.

Restent les objections de principe, elles ne résistent pas à un examen sérieux. Et d'abord, les fondations n'habituent à mendier, que si le fonctionnement en est mal institué ou mal administré, or l'État là encore a son droit de contrôle. Toutes les fondations d'ailleurs ne sont pas charitables, elles peuvent avoir beaucoup d'autres destinations, pourquoi donc vouloir toujours raisonner en matière de fondations comme s'il n'y avait que des fondations de bienfaisance, c'est vouloir singulièrement restreindre la question et laisser de côté toute une catégorie de fondations à but philosophique, scientifique et social, dont les résultats devraient être bien autrement importants. Appliquer aux fondations la doctrine libérale du laissez faire, c'est aboutir à laisser toujours l'individu isolé en face de toutes les éventualités, à l'empêcher de profiter de l'expérience acquise par ses devanciers, et

attendre tout de l'État. C'est la situation de notre société actuelle. Il n'y a pas d'organisation familiale, pas d'organisation professionnelle qui soient comme le soutien, le guide des individus. Il n'y a que très peu de sociétés pour l'étude des intérêts collectifs industriels commerciaux, scientifiques. Laisser faire comme le disent les libéraux, augmenter seulement l'intérêt, c'est vouloir ne récompenser que des résultats acquis et décourager toutes les initiatives. Sans doute l'intérêt fera agir ceux qui disposent de moyens suffisants, mais il n'excitera pas l'activité de ceux qui ne peuvent atteindre le but que s'ils sont aidés. Or, les fondations peuvent non seulement augmenter l'intérêt par des prix et des récompenses, elles peuvent aussi prétendre à fournir les moyens de réussir. Les fondations peuvent être des agents d'organisation sociale, des dispensatrices de moyens pour les déshérités.

Turgot affirme en terminant que les morts n'ont pas le droit de nous imposer à jamais une volonté inflexible et rigide. En face de cette affirmation nous pouvons rapporter une phrase de Taine (1) : « Les morts, dit-il, ont des droits dans la Société comme les vivants : car cette société dont jouissent les vivants, ce sont les morts qui l'ont faite et nous ne recevons leur héritage qu'à la condition d'exécuter leur testament ». Et n'est-ce pas vraiment Taine qui des deux a le mieux compris ce qu'était la société ? Nous sommes en effet redevables à ceux qui nous ont

(1) Taine. *Origine de la France Contemporaine. La Révolution*, p. 249.

précédé de tout ce que nous possédons, de tout ce que nous savons, de tout ce que nous pensons et croyons. Lorsque nous considérons les siècles écoulés, nous sommes surpris de voir combien est petite la part de collaboration de chaque génération à la construction de l'édifice social. Chaque progrès réalisé est le résultat de la coordination des efforts de générations successives. C'est un orgueil illégitime de notre part que vouloir faire bon marché de l'expérience de ceux qui sont morts. Par leurs fondations ils peuvent mettre leur intelligence et leur fortune au service de la société, la faisant profiter de leurs connaissances pratiques, et encourager les initiatives nouvelles. La seule garantie à prendre par l'État est de se réserver un droit d'intervention pour le cas où un fondateur mal avisé aurait bâti son œuvre en travers des progrès.

En niant le droit de fondation, l'école libérale est logique avec elle-même, elle commet ici la même erreur que partout : elle voit dans la société une agglomération d'individus, elle ne comprend pas que la société n'est que le lien entre des organismes plus petits qui sont les familles, les professions. Elle met l'individu faible en face de l'État tout puissant ; pour sauvegarder l'indépendance des individus entre eux, elle supprime toute liberté effective des individus en face de l'État, le fort opprimant fatalement le faible ; pour donner la liberté individuelle elle supprime la liberté collective.

La fondation et spécialement la fondation privée est utile parce qu'elle a un rôle social à remplir. Ce rôle est

vaste, il peut affecter mille formes diverses, nous nous contenterons d'en indiquer quelques-unes.

Et d'abord la fondation permet à la richesse de remplir son devoir, d'acquitter sa dette envers la société. Il est souvent difficile à cause des perturbations économiques, d'établir en toute justice la part de bénéfices qui doit revenir aux collaborateurs d'une même entreprise. Souvent l'industriel, le commerçant bénéficie de travaux faits avec perte par un prédécesseur et cela seulement à cause des circonstances. Il est presque toujours impossible de dire si un homme a recueilli toute sa part de bénéfices et rien que sa part dans une entreprise quelconque. Ces faits se répètent très fréquemment dans notre société, par suite de la mobilisation de la richesse, ils sont indéniables. C'est pourquoi certains économistes placent à côté du principe de justice, le principe de charité : celui là étant supérieur à celui-ci. Ils ne reconnaissent pas à l'homme riche le droit de se désintéresser de la société parce qu'il n'a pas contrevenu aux lois et qu'il a toujours obéi aux règles de sa conscience; ils lui imposent encore comme un devoir de charité de collaborer au mieux-être social. L'homme riche doit employer une partie de sa fortune à diminuer les injustices sociales par tous les moyens, il doit travailler à faire avancer la civilisation, à panser les plaies morales et physiques de ceux qui n'ont connu que l'insuccès dans leurs entreprises, qui ont été écrasés par les lois économiques. Ainsi la propriété privée ne devient plus, suivant la belle définition de Saint Thomas, que le jus disponendi

et dispensandi. Sans la fondation privée, la propriété individuelle ne peut remplir tout son devoir de charité, elle a les mains liées, elle ne peut que donner à un État le moyen de substituer son initiative à celle de tous. Or l'État n'est qu'un fait historique, il ne saurait supprimer toutes les énergies, toutes les idées qui ne sont pas siennes. De quel droit les empêcherait-il de produire leurs effets lorsqu'ils sont bons et profitables à la société? Les idées lorsqu'elles ne vont pas à l'encontre de l'ordre public ont le droit de vivre, et même de survivre aux moments de défaveur qu'elles subissent. Lorsqu'elles peuvent avoir en elles le germe d'un progrès social elles doivent être soutenues et protégées. Elles ne peuvent vivre, être soutenues et protégées que si elles ont à leur disposition les moyens de réaliser leurs effets, et comment le pourraient-elles sans les fondations qui leur permettent de prendre une forme concrète. Une idée, un principe, une théorie tombés en défaveur aujourd'hui, peuvent en démontrant pratiquement leur excellence gagner à nouveau les suffrages de tous, l'État ne saurait avoir pour mission de les en empêcher, et de les condamner à la stérilité. L'État doit rester neutre, il ne doit pas pour cela entraver toutes les initiatives qui ne le sont pas. La neutralité excellente pour lui ne saurait convenir à toutes les entreprises. Ce serait vouloir substituer sa doctrine à toutes les autres.

La fondation privée permet à toutes les bonnes initiatives de se faire jour, et empêche d'attendre tout du pouvoir central. Elle contribue à supprimer dans les services sociaux et bienfaisants un fonctionnarisme sans vie

et sans énergie. On a souvent constaté que dans les services publics chargés de l'assistance et de l'exercice de la charité, une grande partie des ressources étaient absorbées par les nombreuses administrations.

La fondation privée permet d'organiser des œuvres d'intérêt collectif mais particulier à certaines catégories d'individus, qui peuvent remplir leur but mieux et plus complètement parce qu'il est limité. Les œuvres reconnues d'utilité publique par l'État doivent avoir un intérêt général, elles sont moins aptes aux perfectionnements de détail, elles ne peuvent commettre certaines imprudences qui souvent deviennent d'heureuses initiatives.

La charité privée organisée par la fondation crée des organismes autrement souples que l'Assistance publique. Elle est plus zélée, plus dévouée parce que moins administrative, elle est inspirée par un principe, qui en est la cause efficiente, partagé par ses dispensateurs, tandis que l'Assistance publique est exercée par les seuls fonctionnaires. Elle se fait plus douce pour ceux qu'elle secoure et qu'elle console, elle les recherche même et est acceptée plus facilement par eux. Un rapport présenté en 1889 au Conseil supérieur d'Assistance en montrait les qualités : « Mettant en jeu les sentiments les plus nobles, elle fournit à la fois, lorsqu'elle est donnée avec discernement, un secours matériel et un secours moral. Dans certaines œuvres elle apporte un esprit de sacrifice, une ingéniosité dans les procédés, un tact dans l'application, qu'on demanderait vainement à l'assistance publique. Enfin celle-ci doit surtout frayer dans les sentiers battus, lais-

sant à l'initiative privée l'honneur trop onéreux de faire des essais, de tenter des innovations ». L'assistance publique ne saurait répondre à tous les besoins, pourquoi voudrait-on empêcher la charité privée de collaborer au soulagement de toutes les infortunes et de toutes les misères. Souvent aussi la souffrance affecte certaines formes difficiles à découvrir, et à soulager; en même temps que le physique souffre le moral, de quel droit l'État interdirait-il de porter au malade le secours de la religion avec le secours matériel, et imposerait-il son assistance athée? Pourquoi interdire au pauvre d'être soigné par des personnes partageant ses convictions et ses croyances, le droit de mourir soutenu par les préceptes de sa religion? Sa liberté de conscience a droit au respect tout comme celle du riche.

La fondation privée permet de soutenir efficacement une doctrine philosophique, une doctrine religieuse. Le fondateur qui pendant sa vie a reconnu la vérité et les bienfaits d'une religion a le droit en mourant de vouloir contribuer à son développement, à sa pratique. Il a le droit de contribuer à l'entretien de ses ministres, à son enseignement, afin de procurer à d'autres individus de la société d'en connaître les bienfaits. Là encore la fondation privée remplit un rôle social. Il en est de même au point de vue scientifique. Elle permet la création d'écoles, de prix, de récompenses, de sociétés scientifiques. Sans elle il est impossible de collaborer au progrès autrement que par l'intermédiaire de l'État. Et l'État lui-même comme en

matière d'assistance ne peut créer que des œuvres au service de ses idées particulières sans aucune souplesse.

Enfin la fondation privée de concert avec l'association permet la réorganisation organique de la Société. Le fondateur par elle crée indépendamment de l'État des œuvres sociales quelconques, au service d'une catégorie professionnelle ou autre d'individus, au service d'un intérêt collectif particulier à une région, à une profession. Ces œuvres sociales le plus souvent affecteront la forme d'associations, syndicats, Sociétés de Secours mutuels, Sociétés industrielles, commerciales, la fondation en sera le soutien. La fondation leur permettra de survivre à toutes les difficultés provenant d'événements passagers ou de personnes ; elle en permettra la reconstitution et la conservation, à l'abri des volontés oscillantes des majorités éphémères.

Ce ne sera pas l'association qui sera le soutien de la fondation mais bien le contraire. La fondation faite a une association avec un but déterminé, au service d'un intérêt déterminé, les membres de l'association n'en seront que les bénéficiaires ou les gérants. Elle conservera son existence propre indépendante de l'activité et de la prospérité de l'Association.

La fondation devient ainsi un élément stabilisateur de la société, une gardienne des traditions. Elle met les organismes sociaux à l'abri de révolutions passagères et par sa souplesse facilite les évolutions. Elle collabore à la marche lente et sûre de la Société vers une civilisation

meilleure, évitant les heurts et les à coups. Elle permet à toutes les idées fructueuses de produire leurs effets et de se propager plus rapidement. Elle est une force mise à la disposition de l'intérêt collectif.

CONCLUSION

La fondation privée nous semble devoir jouer un rôle très important dans l'organisation sociale. Dans la société inorganique où nous vivons nous attendons beaucoup d'elle. Contre les abus qu'elle pourrait amener, nous avons indiqué quelques mesures qui nous semblaient bonnes.

Telle que nous la concevons elle nous apparaît comme le soutien des institutions sociales. Elle est le moyen le plus efficace entre les mains de l'homme riche de mettre une partie de sa fortune à la disposition de l'intérêt collectif et de collaborer à l'évolution progressive de la société. L'idée d'association et l'idée de fondation sont connexes, elles se prêtent aide mutuel dans l'accomplissement de leur tâche. Aujourd'hui que l'idée d'association a tant progressé, il est nécessaire afin de lui faire produire toute l'excellence de ses effets, de faire évoluer parallèlement l'idée de fondation. — Les doctrines étatistes reculent ou sont poussées à l'extrême, les fondations trouveront bientôt leur place au grand jour.

Vu :

AMBROISE COLIN

Vu : Le doyen,
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer
Le vice-recteur de l'académie de Paris,
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

CHAPITRE PREMIER

Essai théorique

I. But de la fondation.....	5
II. Modes de fonder.....	7
III. La fondation est-elle douée de personnalité ou de capacité	12
IV. Rôle de l'État.....	32
V. Nature de l'acte de fondation.....	44
VI. Conclusion des notions théoriques précédentes.....	47

CHAPITRE DEUXIÈME

La Fondation du droit français

I. Système du Code Civil.....	49
II. Évolution de la jurisprudence.....	53
III. Nouvelles évolutions de la jurisprudence.....	57
IV. Règles de spécialité et de neutralité.....	66
V. Insuffisance du système français.....	68

CHAPITRE TROISIÈME**Réformes principales à réaliser en droit français**

I. Généralités. Orientation.....	73
II. Formes de la fondation	79
III. Contenu de l'acte de fondation — Affectation — Disposition	82
IV. Autorisation.....	85
V. Autorité de contrôle et de surveillance.....	90
VI. Transformation — Suppression.....	92

CHAPITRE QUATRIÈME

Utilité -- Rôle social de la fondation privée.....	95
CONCLUSION	109

